

البناية شرح الهداية

تأليف

محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين

المعروف ببدر الدين العيني الحنفي

المتوفى سنة ٨٥٥ هـ

تحقيق

أيمن صالح شعبان

مدير مركز تحقيق النصوص

الجزء الثالث عشر

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
هاتف و فاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤١ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق البريد : ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif,Bohtory st.,Melkart bldg., 1st Floor
Tel + Fax : 00 (961 1) -378541 - 366135 - 364398
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2210-X



http://www.al-ilmiyah.com.lb/
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

قال : وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز . وقال مالك : لا يجوز ، ذكر قوله في بعض النسخ ؛ لأن يد العدل يد المالك ، ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض .

م: (**باب الرهن الذي يوضع على يد العدل**)

ش:أي هذا باب في بيان حكم الرهن الذي يوضع على يد الراهن ، ولما ذكر حكم الرهن إذا كان في يد المرتهن ذكر حكمه إذا كان في يد العدل ، وهو الذي من الراهن والمرتهن يكون الرهن في يده ، لأنه نائب عن المرتهن ، والنائب يقوم مقام المنوب لا محالة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا اتفقا**) ش: أي الراهن والمرتهن م: (**على وضع الرهن على يد العدل جاز**) ش: وهو قول أكثر أهل العلم خلافًا لابن أبي ليلى والحكم والحارث العكلي وداود- رحمهم الله - . قال الحاكم الشهيد في «مختصر الكافي» : وقبض العدل الرهن بمنزلة قبض المرتهن في حكم صحته وضمانه بالدين إذا هلك، بلغنا ذلك عن إبراهيم والشعبي وعطاء والحسن . وقال ابن أبي ليلى : إن هلك في يد العدل لم يبطل الدين ، وإن مات الراهن فالمرتهن أسوة الغرماء فيه .

م: (**و قال مالك: لا يجوز ذكر قوله**) ش: أي ذكر قول مالك م: (**في بعض النسخ**) ش: ، أشار به إلى أن في بعضها ليس كذلك ، فإنه ذكر في« المبسوط » و «شرح الأقطع» ابن أبي ليلى بدل مالك .

قال الأكمل : وكأنه شك في هذه الرواية عن مالك ، فإن القبض ليس بشرط عنده كما مر في أول هذا الكتاب ، فإنه [. . .] روايتان . وقال الكاكي : ولمالك - رحمه الله - فيه رواية . وقال الشيخ أبو الفضل الكرماني في «إشارات الأسرار» : والرهن يتم بقبض العدل خلافًا لمالك ، لأن يده يد المالك فلا يتم به الرهن م: (**لأن يد العدل يد المالك**) ش: أي الراهن .

وفي «الكافي» : هذا الدليل مشعر بأن على قول مالك القبض شرط ، وقد شرط في كتبه شرطًا ؛ فيمكن أن يكون له روايتان حتى يصح ذلك ، ولكنه لا خلاف لمالك في جواز وضعه على يد العدل .

قلت : ذكر مالك في «المدونة» ولا يتم رهن إلا بقبضه .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون يد العدل يد المالك م: (**يرجع العدل عليه**) ش: أي على الراهن م: (**عند الاستحقاق**) ش: يعني إذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ، ولو لم يكن يده يد الراهن لما رجع م: (**فانعدم القبض**) ش: ، إيضاحه : أن

ولنا : أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ ، إذ العين أمانة ، وفي حق المالية يد المرتهن ؛ لأن يده ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقاً لما قصداه من الرهن ، وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق ؛ لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع . قال : وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده أمانته ، وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر . فلو هلك في يده هلك في ضمان

رجوع العدل على الراهن عندالاستحقاق لوقوع الفعل له ، يدل على أن الرهن غير مقبوض ، لأن الأصل أن ما عمل الإنسان بأمره ولحقه الغرم يرجع على الذي وقع له العمل ، وهنا يرجع على الراهن بعدم القبض ، فإذا كان كذلك لا يجوز وضعه على يد العدل ، لأن وجود الرهن بقبض المرتهن ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديراً ، لأن العدل نائب عن الراهن لا عن المرتهن ، لأن المالك هو الراهن لا المرتهن ، كيف يكون نائبًا عن المرتهن ، والعدل نصب ليحفظ عنه في حال لا يؤتمن عليه ، ولهذا لحقه ضمان فإن هلك في يده ثم جاء مستحق يرجع به على الراهن دون المرتهن .

م: (**ولنا : أن يده**) ش: أي يد العدل م: (**على الصورة**) ش: يعني بالنظر إلى الظاهر م: (**يد المالك في الحفظ ، إذ العين أمانة ،وفي حق المالية يد المرتهن ؛ لأن يده ضمان والمضمون هو المالية**) ش: إذ الاستيفاء يكون منها م: (**فنزل**) ش: أي العدل م: (**منزلة الشخصين**) ش: لأنه يجوز أن تجعل اليد الواحدة في الحكم بدين كمن أدى ماله إلى الساعي قبل الحول يده يد المالك من وجه ، ويد الفقير من وجه ، حتى لو هلك المؤدي في يده وبقي النصاب إلى آخر الحول يقع المؤدي زكاة كما لو دفعه إلى الفقير م: (**تحقيقًا لما قصداه من الرهن**) ش: يعني لأجل تحقيق ما قصداه ؛ لأن غرضهما تحقيق عرض عقد الرهن .

م: (**وإنما يرجع العدل على المالك**) ش: هذا بيان لقوله ولهذا يرجع العدل عليه ، توضيحه أن رجوع العدل على المالك م: (**في الاستحقاق ؛ لأنه نائب عنه**) ش: أي لأن العدل نائب عن المالك م: (**في حفظ العين**) ش: في حال لا يؤتمن عليه م: (**كالمودع**) ش: إذا كانت الوديعة في يده ثم استحقت ضمن المودع ، ثم يرجع على المودع .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه**) ش: أي أن يأخذ الرهن من العدل م: (**لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده أمانته**) ش: أي أمانة العدل م: (**وتعلق حق المرتهن به استيفاء**) ش: أي من حيث الاستيفاء م: (**فلا يملك أحدهما**) ش: أي الراهن أو المرتهن م: (**إبطال حق الآخر ، فلو هلك في يده**) ش: أي فلو هلك الرهن في يد العدل م: (**هلك في ضمان**

المرتهن لأن يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ، ولو دفع العدل إلى الراهن أو المرتهن ضمن ؛ لأنه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع إلى أحدهما وقد استهلكه المدفوع إليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهناً في يده ؛ لأنه يصير قاضياً ومقتضياً ، وبينهما تناف ، لكن يتفقان على أن يأخذاها منه ، ويجعلاها رهناً عنده أو عند غيره . وإن تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضي ليفعل كذلك.

المرتهن ؛ **لأن يده**) ش: أي يد العدل م: (**في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة**) ش: أي يد المرتهن في حق المالية مضمونة بالأقل من قيمة الرهن ومن الدين .

م: (**ولو دفع العدل إلى الراهن أو المرتهن ضمن ؛ لأنه**) ش: أي لأن العدل م: (**مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما**) ش: أي الراهن أو المرتهن م: (**أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي**) ش: وإذا كان العدل رجلين والرهن مما لا يقسم فوضعاه عند أحدهما كان جائزًا ، ولا ضمان فيه ، لأنهما أتيا بالحفظ المطلوب ، وإن كان مما لا يقسم فاقتسماه فوضعاه عند أحدهما ضمن الذي وضع حصته عند صاحبه في قول أبي حنيفة . وقالا : لا ضمان عليه ، وقد مر في كتاب الوديعة .

م: (**وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع إلى أحدهما**) ش: أي إلى الراهن أو المرتهن م: (**وقد استهلكه المدفوع إليه**) ش: وهو الراهن أو المرتهن م: (**أو هلك في يده**) ش: أي في يد المدفوع إليه م: (**لا يقدر**) ش: أي العدل م: (**أن يجعل القيمة رهنًا في يده**) ش: أي في يد نفسه م: (**لأنه**) ش: أي لأن العدل حينئذ م: (**يصير قاضيًا**) ش: أي ما وجب عليه بالضمان م: (**ومقتضيًا ، وبينهما تناف**) ش: لكون الواحد مسلمًا ومسلمًا إليه م: (**لكن يتفقان**) ش: أي الراهن والمرتهن م:(**على أن يأخذاها**) ش: أي القيمة م: (**منه**) ش: أي العدل م: (**ويجعلاها**) ش: أي القيمة م: (**رهنًا عنده**) ش: أي العدل .

م: (**أو عند غيره وإن تعذر اجتماعهما**) ش: أي اجتماع الراهن والمرتهن م: (**يرفع**) ش: أي العدل ، هكذا قاله الكاكي وغيره م: (**أحدهما**) ش: إما الراهن أو المرتهن . قال الأترازي : أحدهما برفع الدال، لأنه فاعل وظن بعضهم أن أحدهما منصوب ، يعني أن العدل برفع أحدهما وذاك ليس بشيء ، لأن العدل هو ضامن القيمة فبعيد أن يرفع ضامن المطالبة نفسه الخصم إلى القاضي .

قلت : هذا ليس بوجه أنه ليس بعيد من العدل ما نفاه عنه م: (**إلى القاضي ليفعل كذلك**) ش: يعني يأخذ القيمة الواجبة على العدل بالضمان منه ، ثم يصير رهنًا عنده .

ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون إلى الراهن ووصول الدين إلى المرتهن، ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وإن كان ضمنها بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لأن العين لو كانت قائمة في يده يأخذها إذا أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل . قال : وإذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين ، فالوكالة جائزة ؛لأنه توكيل ببيع ماله . وإن شرطت في عقد الرهن ، فليس للراهن أن يعزل الوكيل ، وإن عزله لم ينعزل ؛ لأنها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفاً من أوصافه وحقاً من حقوقه ، ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ؛ ولأنه تعلق به حق المرتهن ،

م: (**ولو فعل**) ش: أي القاضي م: (**ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة له**) ش: أي للعدل م: (**لوصول المرهون إلى الراهن ، ووصول الدين إلى المرتهن ، ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد**) ش: لأنه إذا أخذ الراهن القيمة يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد .

م: (**وإن كان**) ش: العدل م: (**ضمنها بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه**) ش: أي من العدل م: (**لأن العين لو كانت قائمة**) ش: فيه بين البدل والمبدل ، لأن العين لو كان قائمًا م: (**في يده يأخذها إذا أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل**) ش: يعني لا يجمع هذا البدل والمبدل في ملك واحد ثم هلك يرجع العدل بذلك على المرتهن . قال في «الذخيرة» : إن كان العدل رفع الرهن إلى المرتهن : على المرتهن العارية أو الوديعة وهلك في يده لا يرجع وإن استهلكه المرتهن يرجع عليه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما**) ش: أي وكل غير المرتهن والعدل م: (**ببيع الرهن عند حلول الدين ، فالوكالة جائزة**) ش: ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة م: (**لأنه توكيل ببيع ماله ، وإن شرطت**) ش: أي الوكالة م: (**في عقد الرهن ، فليس للراهن أن يعزل الوكيل ، وإن عزله لم ينعزل**) ش: وعند الشافعي - رحمه الله - ينعزل ، وبه قال أحمد .

وكذا لو مات الراهن انفسخت الوكالة عندهما م: (**لأنها لما شرطت**) ش: الوكالة م: (**في ضمن عقد الرهن صار**) ش: أي عقد الوكالة م: (**وصفًا من أوصافه**) ش: أي من أوصاف الرهن م: (**وحقًا من حقوقه**) ش: أي من حقوق الرهن فلزم كأصله ، لأن حكم التبع لا يفارق حكم الأصل .

م: (**ألا ترى أنه**) ش: أي أن عقد الوكالة م: (**لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله**) ش: أي فيلزم عقد الوكالة بلزوم أصل عقد الرهن م: (**لأنه**) ش: أي وأن عقد الوكالة م: (**تعلق به حق المرتهن ،**

وفي العزل إتواء حقه ، وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي . ولو وكله بالبيع مطلقاً حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ، ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لأنه لازم بأصله . فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا إذا عزله المرتهن لا ينعزل ؛ لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره . وإن مات الراهن لم ينعزل لأن الرهن لا يبطل بموته ، ولأنه لو بطل إنما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم . قال : وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه ، وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته ؛ لأن العقد لا يبطل بموتهما ، ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه . وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه ؛ لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث ، ولأن الموكل رضي برأيه لا برأي غيره .

وفي العزل إتواء حقه) ش: أي إعدام حق المرتهن م: (**وصار كالوكيل بالخصومة**) ش: أي كوكيل المدعى عليه بالخصومة م: (**بطلب المدعي**) ش: حيث لم يجز للوكيل عزله م: (**ولو وكله بالبيع مطلقًا**) ش: أي ولو وكل الراهن العدل ببيع الرهن مطلقًا بغير قيد شيء م: (**حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ، ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه**) ش: يعني لا ينعزل الوكيل م: (**لأنه**) ش: أي لأن عقد الوكالة م: (**لازم بأصله**) ش: وهو الرهن م: (**فكذا بوصفه**) ش: وهو الإطلاق م: (**لما ذكرنا**) ش: أنه صار حقًا من حقوقه .

م: (**وكذا إذا عزله المرتهن لا ينعزل ؛ لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره ، وإن مات الراهن لم ينعزل ؛ لأن الرهن لا يبطل بموته ، ولأنه**) ش: أي ولأن الوكالة م: (**لو بطل إنما يبطل لحق الورثة**) ش: كما في سائر الوكالات ، ويبطل بموت الموكل حيث ينتقل الملك إلى الورثة ، ولا رضي لهم بالبيع ، وأما ها هنا فلا اعتبار لحق الورثة م: (**وحق المرتهن مقدم**) ش: يقدم على حق الورثة .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (**وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة**) ش: أي للوكيل الذي هو عدل أن يبيع الرهن بالوكالة المشروطة في عقد الرهن بغير محضر من ورثة الراهن الذي مات م: (**كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه**) ش: أي من الراهن م: (**وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته ؛ لأن العقد لا يبطل بموتهما**) ش: أي لأن عقد الرهن لا يبطل بموت الراهن والمرتهن م: (**ولا بموت أحدهما**) ش: أي ولا يبطل أيضًا بموت الراهن والمرتهن م: (**فيبقى**) ش: أي عقد الرهن م: (**بحقوقه**) ش: وهي الحبس والاستيفاء والوكالة م: (**وأوصافه**) ش: وهي اللزوم وجبر الوكيل على البيع إذا أبى والبيع بالنسيئة وصرف الدراهم وحق بيع ولد الرهن .

م: (**وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه ؛ لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث ، ولأن الموكل رضي برأيه**) ش: أي برأي الذي وكله م: (**لا برأي غيره**) ش: وفي «الذخيرة» : الوكيل بالبيع إذا أوصى رجلاً ببيعه لم يجز ، إلا أن يكون الراهن قال له في أصل الوكالة : وكلتك

وعن أبي يوسف - رحمه الله -أن وصي الوكيل يملك بيعه ؛ لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب إذا مات بعدما صار رأس المال أعيانًا يملك وصي المضارب بيعها لما أنه لازم بعدما صار أعيانًا . قلنا : التوكيل حق لازم ، لكن عليه والإرث يجري فيما له ، بخلاف المضاربة لأنها حق المضارب . وليس للمرتهن أن يبيعه إلا برضا الراهن ؛ لأنه ملكه وما رضي ببيعه ، وليس للراهن أن يبيعه إلا برضا المرتهن ؛ لأن المرتهن أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع .

ببيع الرهن وأجزت لك ما صنعت فيه ، ويجوز لوصيه بيعه ولا يجوز لوصيه أن يوصي إلى غيره .

م: (**وعن أبي يوسف- رحمه الله - أن وصي الوكيل يملك بيعه**) ش: أي بيع الرهن عند حلول الدين م: (**لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصي**) ش: لأن هذا حق واجب ، ولو أراد الراهن أن يحجر عليه لم يكن له ذلك ، فصار م: (**كالمضارب إذا مات بعدما صار رأس المال أعيانًا يملك وصي المضارب بيعها لما أنه**) ش: أي أن البيع م: (**لازم بعدما صار**) ش: أي رأس المال م: (**أعيانًا**) ش: لأجل حق رب المال .

م: (**قلنا التوكيل حق لازم ، لكن عليه**) ش: لأنه لا يجري فيه الإرث م: (**والإرث يجري فيما له**) ش: ما له لا فيما عليه م: (**بخلاف المضاربة لأنها**) ش: أي لأن المضاربة م: (**حق المضارب**) ش: وله ولاية التوكيل في حياته فجاز أن يقوم وصيه بها بعد موته كالأب في مال الصغير ، والوكيل ليس له حق التوكيل في حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد مماته .

م: (**وليس للمرتهن أن يبيعه**) ش: أي الرهن م: (**إلا برضا الراهن ؛ لأنه ملكه**) ش: لأن الرهن ملك الراهن م: (**وما رضي ببيعه ، وليس للراهن أن يبيعه إلا برضا المرتهن ؛ لأن المرتهن أحق بماليته من الراهن ، فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع**) ش: لأن حكم الرهن ملك العين في حق الحبس حتى يكون المرتهن أحق بإمساكه إلى وقت إيفاء الدين .

وفي «شرح الطحاوي» وليس للمرتهن أن يبيع الرهن بغير إذن الراهن ، وإن باعه بغير إذنه توقف على إجازة صاحبه ، فإن أجازه جاز ، ويكون الثمن رهنًا وإن لم يجز ، ولا يجوز البيع ، وله أن يبطله ويعيده رهنًا ، وإن هلك في يد المشتري قبل الإجازة فلا يجوز ، والإجازة بعده ، ولكن الراهن له أن يضمنه أيهما شاء ، فإن ضمن المرتهن جاز البيع والثمن له ، ويكون ضمانه رهنًا ، وإن ضمن المشتري بطل البيع ، ويكون الضمان رهنًا ثم يرجع المشتري على البائع بالثمن .

وفي «مختصر الكرخي» وليس للمرتهن أن يبيع الرهن في دينه إذا لم يكن للراهن سلطة على

قال : فإن حل الأجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه ، والراهن غائب أجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه . وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة للوجه الثاني ، وهو أن فيه إتواء الحق ، بخلاف الوكيل بالبيع ؛ لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوي حقه . أما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه، فلو لم يكن التوكيل مشروطًا في عقد الرهن وإنما شرط بعده ، قيل : لا يجبر اعتباراً بالوجه الأول. وقيل : يجبر رجوعًا إلى الوجه الثاني،وهذا أصح . وعن أبي يوسف -رحمه الله- أن الجواب في الفصلين واحد ، ويؤيده: إطلاق الجواب في

بيعه أو أذن له فيه وليس له أن يؤاجره ولا أن يعيره ، فإن فعل شيئًا من ذلك فسخ البيع ورد إلى يد المرتهن رهنًا .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» م: (**فإن حل الأجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه ، والراهن غائب أجبر على بيعه**) ش: يعني يحبس أيامًا حتى يبيعه ، فإن أبى بعد ما حبسه أيامًا ذكر في «الزيادات» : أن القاضي يبيعه عليه ، وهو على قولهما ظاهر . أما على قول أبي حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم لا يبيع قياسًا على مال المديون . وقال آخرون يبيعه ، لأن جهة البيع تعينت م: (**لما ذكرنا من الوجهين**) ش: أحدهما : أنه وصف من أوصافه ، والآخر : أن فيه إتواء حقه م: (**في لزومه**) ش: أي لزوم عقد الوكالة .

م: (**وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة للوجه الثاني**) ش: وبينه بقوله م: (**وهو أن فيه إتواء الحق**) ش: أي حق المدعي م: (**بخلاف الوكيل بالبيع**) ش: حيث لا يجبر بالبيع إذا امتنع م: (**لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوي حقه . أما المدعي لا يقدر على الدعوى**) ش: لأنه إنما خلى سبيل الخصم اعتمادًا على أن الوكيل يخاصمه ، فإذا امتنع الوكيل بالشيء المذكور يلحق الضرر بالمدعي كان فيه إبطال حقه م: (**والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه**) ش: فإذا امتنع الوكيل عن البيع يلحق الضرر المرتهن م: (**فلو لم يكن التوكيل مشروطًا في عقد الرهن وإنما شرط بعده ، قيل : لا يجبر**) ش: أي الوكيل بالبيع م: (**اعتباراً بالوجه الأول**) ش: وهو أن المرتهن لا يتضرر بامتناعه .

م: (**وقيل: يجبر رجوعًا إلى الوجه الثاني**) ش: وهو أن فيه إتواء حقه م: (**وهذا أصح**) ش: أي القول الثاني أصح . وقال شيخ الإسلام وفخر الإسلام وقاضي خان : ، وهذه الرواية أصح ، لأن المشروط بعد العقد يلحق بأصل العقد ، ويصير كالمشروط فيه .

م: (**وعن أبي يوسف- رحمه الله-: أن الجواب في الفصلين واحد**) ش: أي فيما كان مشروطًا في الرهن وفيما لا يكون أي يجبر فيهما م: (**ويؤيده**) ش: أي يؤيد قول الثاني م: (**إطلاق الجواب في**

«الجامع الصغير» ، وفي الأصل . وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه، فكان رهنًا وإن لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضًا . وإذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن ؛ لقيامه مقام المبيع المرهون ، وكذلك إذا قتل العبد المرهون وغرم القاتل قيمته ؛ لأن المالك يستحقه من حيث المالية ، وإن كان بدل الدم ، فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن . وكذلك لو قتله عبد فدفع به ؛ لأنه قائم مقام الأول لحماً ودمًا . قال : وإن باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته ، وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه ، وليس له أن يضمنه غيره

«الجامع الصغير » . وفي الأصل) ش: أي «المبسوط» أن يؤيد القول الثاني ، حيث قال فيهما : وإذا أبى الوكيل عن البيع يجبر من غير فصل أن يكون مشروط في العقد أو لا .

وقال الشافعي وأحمد : لا يجبر الوكيل على البيع ، وإن كان في ضمن الرهن لما ذكرنا أن عقدهما غير لازم م: (وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه ، فكان رهنا وإن لم يقبض) ش: أي الثمن م: (بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا . وإذا توى) ش: أي إذا هلك م: (كان مال المرتهن) ش: أي كان الثمن التاوي مال المرتهن ، وقوله مال المرتهن منصوب على أنه خبر كان على ما قدرناه ، وبقولنا قال مالك - رحمه الله - . وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : من ضمان الراهن والعدل أمين بالاتفاق فلا ضمان عليه . وقال مالك لا ضمان على العدل ، ولكن المشتري يرجع إلى المرتهن ويعود دينه في ذمة الراهن كما كان .

م: (لبقاء عقد الرهن في الثمن ؛ لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك إذا قتل العبد المرهون وغرم القاتل قيمته ؛ لأن المالك يستحقه من حيث المالية، وإن كان بدل الدم) ش: كلمة إن واصلة بما قبله ، يعني أن قيمة العبد المقتول يكون رهنًا مقامه ، وإن كان ضمان القيمة مقابلاً بالدم ، ولهذا لا يزاد على دية الحر م: (فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق) ش: وهو المالك م: (فبقي عقد الرهن) ش: أي قامت القيمة رهنًا مقام العبد المقتول .

م: (وكذلك لو قتله عبد) ش: أي لو قتل العبد المرهون عبد مثله م: (فدفع به ؛ لأنه) ش: أي لأن العبد القاتل م: (قائم مقام الأول لحمًا ودمًا) ش: أي من حيث اللحم والدم ، فتعلق به من الحكم ما تعلق به .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» م: (وإن باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ، إن شاء ضمن الراهن قيمته ، وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه ، وليس له أن يضمنه غيره) ش: أي ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن الذي أعطاه

وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق ، أما أن يكون هالكاً أو قائمًا ، ففي الوجه الأول : المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته ؛ لأنه غاصب في حقه ، وإن شاء ضمن العدل ؛ لأنه متعد في حقه بالبيع والتسليم ، فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء ؛ لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه ، وإن ضمن البائع ينفذ البيع أيضاً ؛ لأنه ملكه بأداء الضمان ، فتبين أنه باع ملك نفسه . وإذا ضمن العدل ، فالعدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة ؛ لأنه وكيل من جهته عامل له ، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه ، وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن ؛ لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق ؛ لأنه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ بيعه عليه ، فصار الثمن له ، وإنما أداه إليه على حسبان أنه ملك الراهن ، فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضياً به ، فله أن يرجع به عليه . وإذا رجع بطل الاقتضاء ، فيرجع المرتهن على الراهن بدينه . وفي الوجه الثاني : وهو أن يكون قائماً في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده ؛ لأنه وجد

م: (وكشف هذا) ش: أي إيضاح هذا الحكم م: (أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون هالكًا أو قائمًا، ففي الوجه الأول) ش: أي فيما إذا كان المرهون المبيع هالكًا م: (المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته ؛ لأنه غاصب في حقه) ش: أي في حق المستحق، م: (وإن شاء ضمن العدل ؛ لأنه متعد في حقه بالبيع والتسليم ، فإذا ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء) ش: أي صح قبض المرتهن الثمن مقابلة دينه .

م: (لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه ، وإن ضمن البائع ينفذ البيع أيضًا ؛ لأنه ملكه بأداء الضمان ، فتبين بأنه باع ملك نفسه ، وإذا ضمن العدل ، فالعدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة ، لأنه وكيل من جهته عامل له ، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء، فلا يرجع المرتهن عليه) ش: أي على الراهن م: (بشيء من دينه، وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن ؛ لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق ؛ لأنه) ش: أي لأن العدل م: (ملك العبد بأداء الضمان ونفذ بيعه عليه، فصار الثمن له) ش: أي العدل .

م: (وإنما أداه إليه) ش: أي وإنما أدى المشتري الثمن إلى العدل م: (على حسبان أنه ملك الراهن، فإذا تبين أنه ملكه) ش: أي ملك العدل م: (لم يكن راضيًا به) ش: أي لم يكن العدل راضيًا بأداء الثمن إلى المرتهن م: (فله أن يرجع به عليه) ش: أي فللعدل أن يرجع بالثمن الذي أداه إلى المرتهن على المرتهن م: (وإذا رجع بطل الاقتضاء) ش: أي بطل قبض المرتهن م: (فيرجع المرتهن على الراهن بدينه) .

م: (وفي الوجه الثاني : وهو أن يكون قائمًا في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده ، لأنه وجد

عين ماله ، ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن ؛ لأنه العاقد فتتعلق به حقوق العقد ، وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع ، وإنما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ، ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة ؛ لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه . وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن ؛ لأن المقبوض سلم له ، وإن شاء رجع على المرتهن ؛ لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمناً ، فيجب نقض قبضه ضرورة . وإذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن . ولو أن المشتري سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل ؛ لأنه في البيع عامل للراهن ، وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل . وإن كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا ؛ لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من

عين ماله ، ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن ؛ لأنه العاقد فتتعلق به) ش: أي بالعاقد م: (حقوق العقد ، وهذا) ش: أي الرجوع بالثمن م: (من حقوقه) ش: أي من حقوق البيع ، لأن ولاية الرجوع إليه م: (حيث وجب بالبيع ، وإنما أداه ليسلم له المبيع) ش: أي إنما أدى المشتري الثمن إلى العدل .

م: (ولم يسلم) ش: أي للمشتري المبيع والحال أنه لم يسلم م: (ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة) ش: وفي بعض النسخ بالثمن م: (لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه . وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن ، لأن المقبوض سلم له) ش: أي لأن الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن .

م: (وإن شاء) ش: أي العدل م: (رجع على المرتهن) ش: بالثمن الذي أداه إليه م: (لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنًا فيجب نقض قبضه ضرورة ، وإذا رجع عليه) ش: أي على المرتهن م: (وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان ، فيرجع به) ش: أي فيرجع بحقه الذي هو دينه م: (على الراهن . ولو أن المشتري سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل ، لأنه) ش: أي لأن العدل م: (في البيع عامل للراهن ، وإنما يرجع عليه) ش: أي وإنما يرجع المرتهن على العدل م: (إذا قبض ولم يقبض ، فبقي الضمان على الموكل) ش: المراد بالموكل المرتهن ، وسماه موكلاً كأن البيع وقع لأجله ، وبالضمان للثمن ، أو المراد بالموكل الراهن وبالضمان الدين قاله الكاكي - رحمه الله .

م: (وإن كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد ، فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا ؛ لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع) ش: أي على المرتهن م: (كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من

أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضي . بخلاف الوكالة المشروطة في العقد ؛ لأنه تعلق به حق المرتهن ، فيكون البيع لحقه . قال -رضي الله عنه-: هكذا ذكره الكرخي - رحمه الله- وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع. قال : وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار إن شاء ضمن الراهن ، وإن شاء ضمن المرتهن ؛ لأن كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم أو بالقبض . فإن ضمن الراهن فقد مات بالدين ؛ لأنه ملكه بأداء الضمان فصح الإيفاء . وإن ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه أما القيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن ، وأما بالدين فلأنه انتقض اقتضاؤه ، فيعود حقه كما كان .

أمره الموكل ثم لحقه عهده لا يرجع به على المقتضي) ش: أي على القابض .

م: (بخلاف الوكالة المشروطة في العقد ؛ لأنه تعلق به حق المرتهن ، فيكون البيع لحقه) ش: فإذا وقع البيع لحقه لو سلم له وجاز أن يلزمه الضمان .

م: (قال- رضي الله عنه-) ش: أي المصنف - رحمه الله - : م: (هكذا ذكره الكرخي- رحمه الله-) ش: أراد به ما ذكره في« مختصره»، م: (وهذا) ش: أي الذي ذكره الكرخي م: (يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع) ش: أي قول من لا يرى من المشايخ أن الوكيل إذا كانت وكالته غير مشروطة في عقد الرهن لا يجبر على البيع إذا أبى ذلك .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» م: (وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ، إن شاء ضمن الراهن ، وإن شاء ضمن المرتهن ؛ لأن كل واحد منهما) ش: أي من الراهن والمرتهن م: (متعد في حقه) ش: أي في حق المستحق م: (بالتسليم أو بالقبض) ش: يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض ، فكان كالغاصب وغاصب الغاصب، فالراهن كالغاصب ، والمرتهن كغاصب الغاصب فله أن يضمن أيهما شاء .

م: (فإن ضمن الراهن فقد مات بالدين) ش: أي سقط بالدين يعني أي سقط الدين أيضًا ؛ م: (لأنه) ش: أي لأن الراهن م: (ملكه بأداء الضمان) ش: من وقت القبض ، فتبين أنه رهن ملك نفسه م: (فصح الإيفاء ، وإن ضمن المرتهن) ش: القيمة م: (يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه) ش: أي ورجع بدينه أيضًا م: (أما القيمة) ش: أي أما الرجوع بالقيمة م: (فلأنه) ش: أي فلأن المرتهن م: (مغرور من جهة الراهن) ش: حيث رهن ملك غيره ، وصار كأنه هو الذي أوجب عليه الضمان .

م: (وأما بالدين) ش: أي وأما الرجوع بالدين م: (فلأنه انتقض اقتضاؤه) ش: أي قبضه لأن الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيًا ، فإذا كان كذلك م: (فيعود حقه كما كان)

فإن قيل : لما كان قـرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه ، والملك في المضـمون يثبت لمن عليه قـرار الضمان ، فتبين أنه راهـن ملك نفسه ، فصار كـما إذا ضمن المستـحق الراهن ابتداء . قلنا : هذا طعن أبي خازم القاضي - رحمه الله-. والجواب عنه : أنه يرجع عليه بسبب الغرور ، والغـرور بالتسليم كـما ذكـرناه أو بالانتقـال من المرتهن إليـه كأنه وكـيل عنه ، والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن ،

ش: لأن الدين إنما يسقط بهلاكه الرهن إذا رهن ملك نفسه ولم يوجد ذلك .

م: (**فإن قيل لما كان قـرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه ، والملك في المضـمون يثبت لمن كان عليه قرار الضمان ، فتبين أنه رهن ملك نفسه ، فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء**) ش: فلا ينتقض اقتضاء المرتهن م: (**قلنـا هذا**) ش: يعني هذا السؤال م: (**طعن أبي خـازم القاضي- رحـمه الله-**) ش: على محمد بن الحسن ، بيان طعنه أنه قال لما كان قرار الضمان على الراهن كان الملك في المضمون له ، فتبين أنه كان راهنًا ملك نفسه فكان هذا .

وأما إذا ضمن المستحق الراهن من الابتداء على السواء . فأبو خازم بالخاء المعجمة وبالزاي اسمه عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي ، أصله من البصرة وسكن بغداد ، وكان ولي القضاء بالشام والكوفة والكرخ من مدينة السلام ، ثم استقضاه الخليفة المقتصد بالله على الشرقية سنة ثلاث وثمانين ومائتين ، وتوفي في جمادى الأولى سنة اثنين وتسعين ومائتين ، وكان أخذ العلم عن هلال بن يحيى وهو هلال الراوي البصري ، وهلال أخذ عن أبي يوسف وزفر ومحمد رحمهم الله - ، وكان أبو خازم أستاذ أبي طاهر الدباس وقرائه ، وكان دينًا ورعًا ثقة عالمًا بمذهب أهل العراق ، قدوة في العلم .

م: (**والجـواب عنه: أنه يـرجع عليـه**) ش: أي المرتهـن رجع على الراهـن م: (**بسبـب الغرور ، والغرور بالتسليم كما ذكرناه**) ش: يعني بقوله : لأن كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم م: (**أو بالانتقال**) ش: عطف على قوله بسبب الغرور م: (**من المرتهن إليـه**) ش: أي إلى الراهن م: (**كأنه وكيل عنه**) ش: أي كان المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منه إليه كانتقال الملك من االوكيل إلى الموكل م: (**والملك بكل ذلك**) ش: أي بكل واحد من التسليم والانتقال م: (**متأخر عن عقد الرهن**) ش: أما بالتسليم فظاهر ، لأن التسليم كان بعد العقد ، فتبين أنه رهن غير ملكه .

وأما بالانتقال فلأن المرتهن غاصب في حق المستحق ، فإذا ضمن الملك المضمون، ولكن لما كـان قـرار الضـمـان على الراهن انتقل إليه فيملكه من جـهـة المرتهن ، والمرتهن ملكه من حين القبض، لأنه صار غاصبًا منه ، فيملك الرهن بعد ذلك من جهة ، فيكون ملك الراهن متأخرًا عن عقد الرهن ، فكأنه رهن غير ملكه.

بخلاف الوجه الأول ؛ لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن ، فيستند الملك إليه، فتبين أنه رهن ملك نفسه ، وقد طولنا الكلام في «كفاية المنتهي» والله أعلم بالصواب .

م: (**بخلاف الوجه الأول**) ش: وهو ما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء م: (**لأن المستحق يضمنه**) ش: أي الراهن م: (**باعتبار القبض السابق على الرهن ، فيستند الملك إليه ، فتبين أنه رهن ملك نفسه**) ش: لأنه لما ثبت الملك للراهن سابقًا على عقد الرهن مستندًا إلى زمان القبض فتبين أنه رهن ملك نفسه م: (**وقد طولنا الكلام**) ش: أي في هذا المقام م: (**في «كفاية المنتهي» ، والله أعلم بالصواب**) ش: ، قال صاحب « النهاية» : يحتمل أن يكون في الذي طول الكلام فيه ما لو كان الرهن عبدًا فأبق وضمن المستحق الرهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة بحكم الغرور وبالدين ، لأنه قد استحق وبطل الرهن ، وقال الأكمل : قيل مراده مسألة المضاربة والفرق بينهما وبين مسألة الرهن .

قلت : المضاربة ليست بعقد لازم ، فيكون لدوامها ، ويصير كالمتجدد في كل ساعة . والرهن عقد لازم ، فلا يمكن لدوامه حكم الابتداء ، فمتى وقع باطلاً لا ينفذ بعد ذلك كسائر العقود اللازمة .

* * *

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال : وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف ؛ لتعلق حق الغير به وهو المرتهن ، فيتوقف على إجازته . وإن كان الراهن يتصرف في ملكه ، كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فإن أجاز المرتهن جاز ؛ لأن

م: (**باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره**)

ش:أي هذا باب في بيان أحكام التصرف في الرهن وفي حكم الجناية على الرهن وحكم جناية الرهن على غيره . ولما كانت هذه الأشياء بعد كون الرهن كانت متأخرة طبعًا ، فأخرها وضعًا ، لأن كل ترتيب يجب طبعًا يجب وضعًا للمناسبة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف**) ش: سواء لم يعلم المرتهن بالبيع أو علم ولم يأذن . وفي «المبسوط» لم يجز البيع . وقال في موضع آخر : البيع فاسد .

وقال في موضع : جائز ، والصحيح أنه موقوف ، وتأويل قوله : «إنه فاسد» أي يفسده القاضي إذا خوصم فيه إليه ، وتأويل قوله : «إنه جائز» ، أي إذا أجازه المرتهن وسلمه إليه ، وإذا فسخه المرتهن ففيه روايتان كما ذكر في الكتاب وعند الأئمة الثلاثة : البيع باطل ، وكذا قال محمد في «الجامع الصغير» : البيع باطل ، إلا أن يجيزه المرتهن .

وقال أبو المعين النسفي في «شرح الجامع» : أنه سيبطل إذا لم يجزه المرتهن ؛ لأنه وقع باطلاً لا يتصور بقاؤه بالإجازة .

قال : وروي عن أبي يوسف في «الأمالي» : أن البيع نافذ حتى أن المشتري لو أعتقه قبل العقد نفذ عتقه ، وإذا لم يعتقه المشتري بقي رهنًا عند المرتهن فيستوفي المرتهن دينه . وفي «فتاوى الولوالجي» بيع المرهون ، يعني أنه غير نافذ في حق المرتهن ، وليس للراهن حق الفسخ بمنزلة بيع المستأجر ، وذكر في بعض المواضع أن بيعهما سواء أنه يصح لكن ينفذ وبه يفتى .

وذكر في «جامع عصام» وفرق بينهما وقال : بيع المستأجر باطل ، وبيع المرهون موقوف م: (**لتعلق حق الغير به**) ش: أي بالرهن م: (**وهو المرتهن ، فيتوقف على إجازته . وإن كان الراهن يتصرف في ملكه**) ش: كلمة «إن» واصلة بما قبلها م: (**كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به**) ش: أي بما زاد على الثلث . م: (**فإن أجاز المرتهن**) ش: البيع م: (**جاز لأن**

التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه . وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضاً ؛ لأنه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الأهل في المحل . وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى بدله هو الصحيح لأن حقه تعلق بالمالية ، والبدل له حكم المبدل ، فصار كالعبد المديون المأذون إذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل ؛ لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً ، فكذا هذا . وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية ، حتي لو أفتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه . لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك ، فصار كالمالك ، له أن يجيز ، وله أن يفسخ . وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه ؛ لأنه لو ثبت حق الفسخ له إنما يثبت ضرورة صيانة حقه ، وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفاً ، فإن شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال ،

التوقف لحقه) ش: أي لحق المرتهن م: (وقد رضي بسقوطه) ش: أي بسقوط حقه م: (وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضًا ؛ لأنه زال المانع) ش: بإسقاط حقه م: (من النفوذ) ش: أي نفوذ البيع م: (والمقتضى) ش: أي للجواز م: (موجود وهو) ش: أى المقتضى م: (التصرف الصادر من الأهل) ش: وهو كونه عاقلاً بالغًا م: (في المحل) ش: وهو كونه ملكًا له .

م: (وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه) ش: أي حق المرتهن م: (إلى بدله) ش: وهو الثمن يكون رهنًا ، فكان المبيع المرهون م: (هو الصحيح) ش: احترز به عن رواية القاضي أبي خازم عن أبي يوسف أنه قال : إنما يصير الثمن رهنًا إذا شرط المرتهن عند الإجازة أن يكون الثمن رهنًا عنده لا عند عدم الشرط . وبه قالت الأئمة الثلاثة م: (لأن حقه) ش: أي حق المرتهن م: (تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل) ش: البدل هو الثمن ، والمبدل هو العين المرهون م: (فصار) ش: حكم المذكور م: (كالعبد المديون المأذون إذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل ؛ لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسًا) ش: يعني بالكلية م: (فكذا هذا) ش: يعني رضي بنفاذ البيع لا يسقط حقه في الرهن .

م: (وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه ، انفسخ في رواية ، حتى لو أفتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه ، لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك ، فصار كالمالك ، له أن يجيز ، وله أن يفسخ . وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه ؛ لأنه لو ثبت حق الفسخ له) ش: أي للمرتهن م: (إنما يثبت ضرورة صيانة حقه ، وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفًا) ش: وفي «المبسوط» لا حق للمرتهن ، وبهذا العقد ، ولا ضرر له في إنفاذه فليس له ولاية الفسخ .

م: (فإن شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال) ش: أي لأن

وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي ، وللقاضي أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم ، وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه ، وصار كما إذا أبق العبد المشترى قبل القبض ، فإنه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا . ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعاً ثانياً من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثاني موقوف أيضاً على إجازته ؛ لأن الأول لم ينفذ ، والموقوف لا يمنع توقف الثاني ، فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني . ولو باع الراهن ثم أجر أو وهب أو رهن من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الأول . والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني ؛ لأنه يتعلق حقه ببدله

العجز عن تسليم المبيع على شرف الزوال م: (**وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي ، وللقاضي أن يفسخ**) ش: أي البيع م: (**لفوات القدرة على التسليم ، وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه**) ش: أي لا إلى المرتهن ، لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة ، وهو إلى القاضي م: (**وصار**) ش: هذا م: (**كما إذا أبق العبد المشترى قبل القبض ، فإنه يتخير المشتري**) ش: إما أن يصير إلى زوال العجز ، وإما أن يرفع الأمر إلى القاضي فيفسخ البيع م: (**لما ذكرنا**) ش: من قوله : لفوات القدرة على التسليم م: (**كذلك هذا**) ش: أي حكم الرهن المذكور .

م: (**ولو باعه الراهن**) ش: أي ولو باع الرهن الراهن م: (**من رجل ثم باعه بيعًا ثانيًا من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثاني**) ش: أي البيع الثاني م: (**موقوف أيضًا على إجازته ؛ لأن الأول**) ش: أي البيع الأول م: (**لم ينفذ ، والموقوف لا يمنع توقف الثاني ، فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني**) ش: وقال الشيخ أبو المعين النسفي في «شرح الجامع الكبير» ، وهذه الرواية إنما تستقيم على رواية «الجامع» عن أبي يوسف - رحمه الله - أن البيع لا ينفذ بدون إجازة المرتهن كما هو مذهب أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - على رواية صاحب «الأمالي» عن أبي يوسف : أن البيع ينعقد بدون إجازة المرتهن فلا يتوقف البيع الثاني على المشتري الأول ، لأنه ملكه بالعقد الأول لا على المرتهن .

م: (**ولو باع الراهن ثم أجر أو رهن أو وهب من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود**) ش: وهي الإجازة والرهن والهبة م: (**جاز البيع الأول**) ش: قال تاج الشريعة سماه أولاً إن لم يكن بيعًا بالنسبة إلى هذه العقود ، لأنها لا تتأخر عن البيع ، ويجوز أن يكون باعه من واحد ثم من آخر ثم باشر هذه العقود وأجاز المرتهن هذه صح البيع الأول دون الثاني لرجحانه بالسبق .

م: (**والفرق**) ش: أى بين البيع الثاني وبين العقود المذكورة : فإنه بإجازتها يصح العقد الأول وهو البيع ، ولم تصح هي وبإجازة البيع الثاني لا يصح البيع الأول ، وإن كان سابقًا ويصح هو أي الفرق م: (**أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني**) ش: في المسألة الأولى م: (**لأنه يتعلق حقه ببدله**

فيصح تعيينه لتعلق فائدته به ، إمـا لا حق له في هذه العقود ؛ لأنه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين ، وحقه في ماليـة العين لا في المنفعة ، فكانت إجارته إسقاطاً لحقه ، فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق . قـال : ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه . وفي بعض أقوال الشافعي - رحمه الله- لا ينفذ عتقه إذا كان المعتق معسراً ؛ لأن في تنفيذه إبطال حق المرتهن ، فأشبه البيع ، بخلاف ما إذا كـان موسراً حيث ينفذ على بعض أقواله ؛ لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمين ، وبخلاف إعتاق المستـأجر ؛ لأن الإجارة تبقى مدتها إذ الحر يقبلها ، أما ما لا يقبل الرهن فلا يقبى

فيصح تعيينه لتعلق فائدته به) ش: وهو زيادة الثمن في البيع الثاني ، ولعله يحصله تلك الزيادة له ففي البيع الثاني دون الأول ، فيجعل لتعيينه فائدة .

م: (**إما لا حق له**) ش: أي للمرتهن م: (**في هذه العقود**) ش: التي ذكرناها م: (**لأنه لا بدل في الهبـة والرهن والذي في الإجارة بدل المنفعـة لا بدل العين ، وحقه فـي مالية العين لا في المنفـعة ، فكانت إجارته إسقاطًا لحقه ، فزال المانع**) ش: من الثاني م: (**فنفذ البيع الأول فوضح الفرق**) ش: بالوجه الذي ذكره .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفـذ عتقه**) ش: وبه قال أحمد والشافعي في قول الشريك والحسن بن صالح ، م: (**وفي بعض أقوال الشافعي- رحمه الله- لا ينفذ عتقه إذا كان المعـتق معسراً**) ش:والحاصل أن للشافعي أقوالاً ، ولم يذكر المصنف له إلا قولين ، فنقول قال الشافعي : في الأصح إن كان الراهن معسـرًا لا ينفذ ، وبه قال أحمد ، وإن كان موسراً فينفذ .

وقال الشـافعي في قول : لا ينفـذ عتقـه موسرًا كـان أو معـسرًا ، وبه قـال أبو ثور وعطاء والبتي؛ م: (**لأن في تنفيذه**) ش: أي في مسألة العتق في الإعسار م: (**إبطال حق المرتهن فأشبه البيع**) ش: بل أولى ، لأنه أسرع نفوذًا من العتق ، حيث جاز من المكاتب دون العتق .

م: (**بخلاف مـا إذا كان مـوسرًا حـيث ينفذ على بعض أقـواله ؛ لأنه لا يبطل حـقه**) ش: أي حـق المرتهن م: (**معنى بالتضمين**) ش: يعني أي بتضمين الراهن قيمته .

م: (**وبخلاف إعتاق المستأجر**) ش: أي العبد المستأجر حيث يجوز م: (**لأن الإجارة تبقى مدتها**) ش: بالنصب ، أي تبـقى الإجـارة في مـدة الإجـارة م: (**إذ الحـر يقبلهـا**) ش: أي لأن الحر يقـبل الإجارة، فلا مانع أن يكون العبد المستأجر بعد أن يكون حرًا إن بقي في مدة الإجارة إلى أن تنتهي المدة م: (**أما ما لا يقـبل الرهن فلا يبقى**) ش: أراد بما لا يقبل الرهن الحر فإنه لا يجوز رهنه قوله فلا

ولنا : أنه مخاطب أعتق ملك نفسه ، فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن ، كما إذا أعتق العبد المشترى قبل القبض ، أو أعتق الآبق أو المغصوب ولا خفاء في ملك الرقبة لقيام المقتضى ، وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله . ثم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناءً عليه ، كإعتاق العبد المشترك بل أولى ، لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى . لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى ، وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم ، وإعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو ، بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة- رحمه الله-،

يبقى إلى الراهن بالاتفاق .

م: (**ولنا : أنه**) ش: أي الراهن م: (**مخاطب أعتق ملك نفسه ، فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن ، كما إذا أعتق العبد المشترى قبل القبض ، أو أعتق الآبق**) ش: أي العبد الآبق م: (**أو المغصوب ولا خفاء في ملك الرقبة لقيام المقتضى**) ش: وهو التصرف الصادر عن أهله وهو الحر العاقل البالغ المالك في محله وهو الرقيق المملوك م: (**وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله**) ش: تقريره : أن موجب عقد الرهن إما ثبوت يد الاستيفاء كما قلنا ، أو حق البيع كما هو مذهب الشافعي وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين ، فتبقى العين على ملك الراهن كما كان ، وإذا كان باقيًا على ملكه وقد أزاله بالإعتاق صح .

م: (**ثم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناءً عليه كإعتاق العبد المشترك**) ش: إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه ، فإن نفوذ عتقه في نصيبه أوجب نصيب الشريك حكمًا ولم تمنع عليه صحة التصرف م: (**بل أولى ؛ لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد**) ش: الذي للمرتهن م: (**فلما لم يمنع الأعلى**) ش: وهو حقه للملك للشريك عند صحة العتق م: (**لا يمنع الأدنى**) ش: وهو يد المرتهن م: (**بالطريق الأولى**) ش: ولا خفاء فيه م: (**وامتناع النفاذ**) ش: هذا جواب عما يقال : وليس المانع منحصر فيما يزيل الملك ، بل مجرد تعلق الحق مانع ، ولهذا منع النفاذ م: (**في البيع والهبة**) ش: وتقرير الجواب أن امتناع النفاذ في حق المرتهن إنما صلح م: (**لانعدام القدرة على التسليم**) ش: المشروط لصحة العقدين ، ولا قدرة للراهن عليه ، بخلاف العتق ، لأنه شرع لإسقاط الملك والإسقاطات لا تفتقر إلى التسليم .

م: (**وإعتاق الوارث**) ش: هذا جواب عما تمسك به الشافعي في بعض المواضع وادعى أن إعتاقه لغو صورته : مريض أوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ، ثم مات فأعتق الوارث العبد ، قال الشافعي لم ينفذ لحق الموصى له ، فكذا يجب أن يكون في الرهن ، فأجاب بقوله : وإعتاق م: (**العبد الموصى برقبته لا يلغو ، بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة - رحمه الله-**) ش:

وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله ، ثم بعد ذلك إن كان الراهن موسراً والدين حالاً طولب بأداء الدين ، لأنه لو طولب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه . وإن كان الدين مؤجلاً أخذت منه قيمة العبد ، وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين ؛ لأن سبب الضمان متحقق ، وفي التضمين فائدة ، فإذا حل الدين اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه ورد الفضل . وإن كان معسراً سعى العبد في قيمته وقضى به الدين ، إلا إذا كان بخلاف جنس حقه ؛ لأنه لما تعذر الوصول إلى عين حقه من جهة المعتق يرجع إلى من ينتفع بعتقه وهو العبد ؛ لأن الخراج بالضمان .

وأما عندهما فلا إشكال ، لأنه يعتق في الحال .

م: (**وإذا نفذ الإعتاق**) ش: هذا راجع إلى أول الكلام ، يعني فإذا ثبت تحقق المقتضى وانتفاء المانع نفذ الإعتاق ، أي إعتاق الرهن م: (**بطل الرهن لفوات محله**) ش: وهو كون العبد مملوكًا م: (**ثم بعد ذلك**) ش: أي بعد نفاذ الإعتاق م: (**إن كان الراهن موسرًا والدين حالاً طولب**) ش: أي الراهن م: (**بأداء الدين ؛ لأنه لو طولب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين ، فلا فائدة فيه**) ش: ؛ لأنه يجب عليه رد الزيادة إذا كانت القيمة أكثر من الدين .

م: (**وإن كان الدين مؤجلاً أخذت منه**) ش: أي من الرهن م: (**قيمة العبد وجعلت رهنًا مكانه**) ش: أي مكان العبد م: (**حتى يحل الدين**) ش: بكسر الحاء وضمها جميعًا م: (**لأن سبب الضمان**) ش: وهو العتق م: (**متحقق وفي التضمين فائدة**) ش: وهو أن يكون الكل رهنًا م: (**فإذا حل الدين اقتضاه بحقه**) ش: يعني يستوفي دينه بقدر حقه م: (**إذا كان**) ش: أي القيمة م: (**من جنس حقه ورد الفضل**) ش: أي على الدين على الراهن .

م: (**وإن كان معسراً سعى العبد في قيمته وقضى به الدين**) ش: وفي «شرح الطحاوي» وإن كان الراهن معسرًا فللمرتهن أن يستسعى في الأقل من ثلاثة أشياء سواء كان دينه حالاً أو إلى أجل وينظر إلى قيمته وقت العتاق وإلى الدين رهن به فيه فيسعى العبد في الأقل من هذه الأشياء الثلاثة ، ثم يرجع على الراهن إذا أيسر ، لأنه قضى دينه مضطرًا كالوارث إذا قضى دينًا للميت لا يكون متبرعًا ، ويرجع في التركة كذلك وها هنا ، ويرجع المرتهن أيضًا ببقية دينه إن بقي له شيء من دينه .

م: (**إلا إذا كان بخلاف جنس حقه**) ش: يعني إلا إذا كان الحاصل من سعاية العبد ، بخلاف جنس حق المرتهن فإنه لا يقضي به دينه ، بل يدل به جنس حقه ويقضي به دينه م: (**لأنه**) ش: هذا دليل على وجوب السعاية على العبد م: (**لما تعذر الوصول إلى عين حقه**) ش: أي حق المرتهن م: (**من جهة المعتق يرجع إلى من ينتفع بعتقه وهو العبد ؛ لأن الخراج بالضمان**) ش: الخراج ما خرج من

قال -رضي الله عنه- : وتأويله إذا كانت القيمة أقل من الدين ، أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر لأنه قضى دينه ، وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه ، بخلاف المستسعى في الإعتاق ، لأنه يؤدي ضماناً عليه ؛ لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده . وعندهما لتكميله، وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه ، فصار كمعير الرهن. ثم أبو حنيفة - رحمه الله- أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والإعسار ،

غلة الأرض أو الغلام دينه الخراج بالضمان ، يعني الغلة سبب إن ضمنه .

م: (**قال- رضي الله عنه-**) ش: أي المصنف - رحمه الله - : م: (**وتأويله**) ش: أي تأويل قول القدوري سعى العبد في قيمته م: (**إذا كانت القيمة أقل من الدين**) ش: لأنه إذا كان الدين أقل من القيمة سعى في الدين ، ونبه عليه بقوله : م: (**أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى**) ش: يريد به ما نذكره عن قريب في استيلاد الأمة المرهونة بقوله بخلاف العتق حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة م: (**ثم يرجع**) ش: أي العبد م: (**بما سعى على مولاه إذا أيسر**) ش: أي المولى م: (**لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع ، فيرجع عليه بما تحمل عنه**) ش: وقد مر الكلام فيه عن قريب .

م: (**بخلاف المستسعى في الإعتاق**) ش: يعني بخلاف العبد المشترك بين اثنين إذا أعتق أحدهما نصيبه فاستسعى ، والساكت لا يرجع بما سعى على المعتق م: (**لأنه يؤدي ضمانًا عليه**) ش: هذه إشارة إلى بيان الفرق بين العبد المرهون يسعى في رقبته تخلصت ويقضي دينًا على الراهن فلهذا يرجع عليه ، والمستسعى في الإعتاق يسعى في تخليص رقبته من الرق وهو منفعة خالصة له ، فلهذا لا يرجع ، أشار إليه بقوله «لأنه» ، أي لأن المستسعى يؤدي ضمان ما عليه لأنه يؤدي الضمان عن نفسه لأنه أصل فيه م: (**لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة ، يعني سعيه لأجل عتقه .

م: (**وعندهما**) ش: أي وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م: (**لتكميله**) ش: أي لتكميل العتق ، لأنه كان في عتقه نقصان ، لكونه مطالبًا بالسعاية ، فإذا أداها كمل العتق نظراً للعبد ، ولكنه لما كان أصلاً في الضمان جاز أن لا يرجع على غيره ، وهنا ، أي في حكم العبد المرهون م: (**وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه ، فصار كمعير الرهن**) ش: يعني أن الرهن بالاستعارة إذا عجز عن فكاك الرهن فأفتكه المعير رجع بذلك على الراهن المستعير ، لأنه قضى دينه مضطرًا .

م: (**ثم أبو حنيفة - رحمه الله - أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والإعسار ،**

وفي العبد المرهون شرط الإعسار ؛ لأن الثابت للمرتهن حق الملك ، وأنه أدنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت ، فوجبت السعاية هنا في حالة واحدة إظهاراً لنقصان رتبته ، بخلاف المشترى قبل القبض إذا أعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع إلا رواية عن أبي يوسف - رحمه الله- والمرهون يسعى لأن حق البائع في الحبس أضعف ؛ لأن البائع لا يملكه في الآخرة ، ولا يستوفى من عينه ، وكذلك يبطل حقه في الحبس بالإعارة من المشتري ، والمرتهن ينقلب حقه ملكاً ، ولا يبطل حقه بالإعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد ، فلو أوجبنا

وفي العبد المرهون شرط الإعسار ؛ لأن الثابت للمرتهن) ش: في الرهن م: (**حق الملك**) ش: لا حقيقة الملك ، وذلك بثبوت يد الاستيفاء م: (**وأنه**) ش: أي وأن الثابت للمرتهن م: (**أدنى من حقيقته**) ش: أي حقيقة الملك م: (**الثابتة للشريك الساكت**) ش: فإذا كان كذلك م: (**فوجبت السعاية هنا في حالة واحدة**) ش: وهي حالة الإعسار م: (**إظهاراً لنقصان رتبته**) ش: أي رتبة حق المرتهن عن رتبة الشريك الساكت .

م: (**بخلاف العبد المشترى قبل القبض**) ش: يعني بخلاف العبد المشترى قبل قبضه م: (**إذا أعتقه المشتري**) ش: وهو مفلس م: (**حيث لا يسعى البائع**) ش: يعني ليس للبائع ، ولأنه استسعاء بقدر الثمن وإن كان هو محبوسًا عنده قبل التسليم بالثمن ، لأن للبائع مجرد الحبس ، وإذا فات بخروجه عن كونه محلاً للحبس بالعتق بطل أصلاً وبقي حقه مطالبة المشتري بالثمن فحسب م: (**إلا رواية عن أبي يوسف- رحمه الله- والمرهون يسعى**) ش: أنه يسعى إذا كان المشتري معسراً .

وقال الناطفي في «الأجناس» وقال أبو يوسف في «نوادر هشام» يسعى العبد الراهن ، وهذا الذي ذكره لبيان الفرق بينه وبين المبيع المستوفى قبل القبض م: (**لأن حق البائع في الحبس أضعف ؛ لأن البائع لا يملكه في الآخرة**) ش: وقال تاج الشريعة - رحمه الله - : قوله : «لأن البائع لا يملكه في الآخرة» يعني إلا أن يملك ملكًا يزيل اليد المتقومة وهي اليد الثابتة بالحبس ، بخلاف يد المرتهن لأنه يملك ملكًا يؤيد المتقوم ، أي عند الاستهلاك ، بل ينفسخ البيع بخلاف الرهن .

م: (**ولا يستوفي من عينه**) ش: أي ولا يستوفي البائع من عين الرهن ، لا يتعلق استيفاؤه بهذا المحل وإنما يثبت له حق الحبس ليستوفي من محل آخر م: (**وكذلك يبطل حقه**) ش: أي حق البائع م: (**في الحبس بالإعارة من المشتري ، والمرتهن ينقلب حقه ملكًا**) ش: في حالة الهلاك .

بيانه : إذا هلك الرهن عند المرتهن يملك بدينه مضمونًا بالأقل من قيمته ومن قيمة الدين ، فيكون المرتهن مالكًا لذلك الأقل من مالية الرهن ، فأما حق البائع فلا يصير ملكًا له من جهة المشتري أصلاً .

م: (**ولا يبطل حقه**) ش: أي حق المرتهن م: (**بالإعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد ، فلو أوجبنا**

السعاية فيهما لسوينا بين الحقين ، وذلك لا يجوز . ولو أقر المولى برهن عبده بأن قال له : رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية عندنا ، خلافاً لزفر - رحمه الله- هو يعتبره بإقراره بعد العتق ، ونحن نقول : أقـر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيـام ملكه فيصح ، بخلاف ما بعد العتق ؛ لأنه حال انقطاع الولاية .قـال : ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق ، أما عندنا : فظاهر ، وكذا عنده ؛ لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله . ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق ؛ لأنه يصح بأدنى الحقين ، وهو ما للأب في جارية الابن فيصح بالأعلى .

السعاية فيهما) ش: أي في المبيع المعتق قبل القبض وفي المرهون المعتق م: (**لسوينا بين الحقين**) ش: أي من حق البائع وهوضعيف ، وبين حق المرتهن وهو قوي م: (**وذلك لا يجوز**) ش: أي جعل التسوية بينهما لا يجوز مع وجود الفارق ، وفي «المبسوط » هذا أمر يأباه العقل .

م: (**ولو أقر المولى برهن عبده بأن قـال له : رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتـقه تجب السعاية**) ش: ثم أعتق المولى المقر بالرهن والحال أنه معسر لزم العبد السعاية م: (**عندنا ؛ خلافًا لزفـر- رحمه الله-**) ش: فعنده لا تجب السعاية م: (**هو**) ش: أي زفر - رحمه الله - م: (**يعتبره**) ش: أى يقيسه م: (**بإقراره**) ش: أي بإقرار المولى بذلك م: (**بعد العتق**) ش: والجامع وجود الإقرار .

م: (**ونحن نقول : أقر بتعلق الحق**) ش: وهو أداء السعاية م: (**في حال يملك التعليق فيه**) ش: أي يملك تعلق الدين برقبته م: (**لقيام ملكه**) ش: من رقبته م: (**فيصح ، بخلاف مـا بعد العتق ؛ لأنه حال انقطاع الولاية**) ش: لأنه لا ولاية لها بعد العتق فلا يصح .

م: (**قـال**) ش: أي المصنف ، ذكـره تفـريعًا على مسألة القدوري وقـد ذكرها الكرخي في «مختصره» : م: (**ولو دبره**) ش: العبد المرهون م: (**الراهن صح تدبيـره بالاتفاق ، أمـا عندنا فظاهر**) ش: لأنه يملك إعتاقه ويملك تدبيره بالطريق الأولى م: (**وكذا عنده**) ش: أي عند الشافعي - رحمه الله - م: (**لأن التـدبيـر لا يمنع البـيـع على أصله**) ش: لأن بيع المدبر يجـوزعنده ، وبه قـال مـالك وأحمد- رحمهـما الله - ونص الشافعي - رحمه الله - على أن التدبير موقوف ، فإن حلف تركه قضى الدين وعتق المدبر بالتدبير ، وقال بعض أصحابه إن التدبير مبني على عتق المرهون .

م: (**ولو كانـت أمة**) ش: أي ولو كـانت المرهونة أمـة م: (**فاسـتولدها الراهن**) ش: أي ولـدت فادعاه المولى م: (**صح الاستيلاد بالاتفاق**) ش: وبه قال مـالك وأحمـد - رحمهـما الله - سـواء كان الراهن موسرًا أو معسرًا ، وللشافعي - رحمه الله - فيه أقوال مذكورة في الإعتاق ، م: (**لأنه**) ش: أي لأن الاستيلاد م: (**يصح بأدنى الحقين ، وهو**) ش: أي أدنى الحقين م: (**ما للأب**) ش: أي الذي يثبت للأب م: (**في جارية الابن**) ش: إذا استولدها ، لأنه يملكها قبل الرهن ، وهو أدنى الحقين ، لأن أعلاهما حق الابن ، لأنه مالك حقيقة.، فإذا ثبت الاستيلاد الأدنى م: (**فيصح بالأعلى**) ش:

وإذا صحا خرجا من الرهن ، لبطلان المحلية ، إذ لا يصح استيفاء الدين منهما ، فإن كان الراهن موسراً ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الإعتاق . وإن كان معسراً استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين ؛ لأن كسبهما مال المولى ، بخلاف المعتق حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة ؛ لأن كسبه حقه ، والمحتبس عنده ليس إلا قدر القيمة ، فلا يزاد عليه ، وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره ؛ لأنهما أدياه من مال المولى والمعتق يرجع ؛ لأنه أدى ملكه عنه ، وهو مضطر على ما مر . وقيل : الدين إذا كان مؤجلاً يسعى المدبر في قيمته قناً ؛ لأنه عوض الرهن حتى تحبس مكانه ، فيتقدر بقدر العوض ، بخلاف ما إذا كان حالاً لأنه يقضى به الدين . ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة ؛ لأن كسبه بعد العتق ملكه ، وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه ؛ لأنه أداه من مال المولى . قال : وكذلك لو استهلك الراهن الرهن

بالطريق الأولى م: (وإذا صحا) ش: أي الاستيلاد والتدبير م: (خرجا من الرهن لبطلان المحلية ، إذ لا يصح استيفاء الدين منهما) ش: ،وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله .

وعند الشافعي - رحمه الله - مدبرًا ، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - وعند الشافعي م: (فإن كان الراهن موسراً ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الإعتاق) ش: يعني إن كان الدين حالاً طولب بأداء الدين في الحال ، وإن كان مؤجلاً فقيمته يكون رهنًا مكانه .

م: (وإن كان الراهن معسراً استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين ؛ لأن كسبهما مال المولى ، بخلاف المعتق ، حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة ؛ لأن كسبه) ش: أي كسب المعتق م: (حقه والمحتبس عنده) ش: أي عند المعتق م: (ليس إلا قدر القيمة ، فلا يزاد عليه) ش: أي على قدر القيمة م: (وحق المرتهن بقدر الدين ، فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره ؛ لأنهما أدياه من مال المولى والمعتق يرجع ، لأنه أدى ملكه عنه) ش: أي عن المولى م: (وهو مضطر على ما مر) ش: فيما مضى في هذا الكتاب .

م: (وقيل : الدين) ش: فقوله في« الإيضاح» م: (إذا كان مؤجلاً) ش: وفي أكثر النسخ الدين إذا كان مؤجلاً م: (يسعى المدبر في قيمته) ش: أي من حيث كونهم: (قنًا لأنه عوض الرهن حتى تحبس مكانه ، فيتقدر بقدر العوض ، بخلاف ما إذا كان حالاً ؛ لأنه يقضى به الدين . ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة ؛ لأن كسبه بعد العتق ملكه ، ما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه ؛ لأنه أداه من مال المولى) .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) ش: وهو عطف على قوله فإن كان الدين حالاً طولب بأداء الدين ، وإن كان مؤجلاً إلى آخره ، كذا قاله الأترازي . وقال

لأنه حق محترم مضمون عليه بالإتلاف ، والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين . فإن استهلكه أجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه ، فيأخذ القيمة وتكون رهناً في يده ؛ لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه ، فكذا في استرداد ما قام مقامه ، والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك ، فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفاً غرم خمسمائة ، وكانت رهناً وسقط من الدين خمسمائة ، فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بآفة سماوية ، والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك ؛ لأن القبض السابق مضمون عليه ؛ لأنه قبض استيفاء ، إلا أنه يتقرر عند الهلاك . ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة ؛ لأنه أتلف ملك الغير ، وكانت رهناً في يده حتى يحل الدين ؛ لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه . وإذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه ؛ لأنه

الأكمل قوله : « وكذلك لو استهلك الراهن الرهن» معطوف على قوله : « فإن كان موسرًا ضمن قيمتها »، وكذلك قاله الكاكي .

وقال تاج الشريعة قوله وكذلك إذا استهلك الراهن الرهن ، يعني أن حكم الاستهلاك حكم الإعتاق على التفصيل المذكور م: (لأنه) ش: أي لأن الرهن م: (حق محترم مضمون عليه) ش: أي على الراهن م: (بالإتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين ، فإن استهلكه أجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه) ش: ،وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : الراهن هو الخصم في تضمينه ، لأنه مالكه .

قلنا : المرتهن أحق في البدل ، وهو عين الرهن ، فيكون أحق ببدله وبالخصومة وبالاسترداد م: (فيأخذ القيمة) ش: أي المرتهن يأخذها م: (وتكون رهنًا في يده ؛ لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه ، فكذا في استرداد ما قام مقامه ، والواجب على هذا المستهلك) ش: يعني الأجنبي م: (قيمته يوم هلك) ش: أي يوم الاستهلاك ، وإنما قيد بقوله على هذا المستهلك احترازًا عن استهلاك المرتهن ، فإن عليه قيمته يوم قبضه كما يجيء ، وكذلك أي الهلاك يعتبر قيمته يوم القبض لا يوم الهلاك .

م: (فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفًا غرم خمسمائة وكانت رهنًا وسقط من الدين خمسمائة ، فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بآفة سماوية ، والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك ؛ لأن القبض السابق مضمون عليه ؛ لأنه قبض استيفاء ، إلا أنه يتقرر عند الهلاك ، ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل) ش: أي والحال أن الدين مؤجل م: (غرم القيمة ؛ لأنه أتلف ملك الغير وكانت رهنًا في يده حتى يحل الدين ؛ لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه . وإذا حل الدين وهو على صفة القيمة) ش: أي في الجنسية والجودة م: (استوفى المرتهن منها قدر حقه ؛ لأنه

جنس حقه . ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن ؛ لأنه بدل ملكه وقد فرغ في حق المرتهن . وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفاً وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة ؛ لأن ما انتقص كالهالك ، وسقط الدين بقدره، وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ، ووجب عليه الباقي بالإتلاف وهو قيمته يوم أتلف . قال : وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملاً فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن . فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون ، وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده ، لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال ، ألا ترى

جنس حقه ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن ، لأنه بدل ملكه وقد فرغ في حق المرتهن) .

م: (وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة ، وقد كانت قيمته) ش: أي والحال أنه كانت قيمته م: (يوم الرهن ألفًا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة ؛ لأن ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره ، وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر) ش: وهذا جواب إشكال ، وهو أن يقال لو سقط بقدر ما انتقص كان الرهن مضمونًا على الرهن بتراجع السعر وليس لتراجع السعر أثر في إسقاط شيء من الدين .

والجواب : أنه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر م: (ووجب عليه) ش: أي على الراهن م: (الباقي) ش: وهو الخمسمائة الزائدة م: (بالإتلاف وهو قيمته يوم أتلف) ش: أي الراهن .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن) ش: فيه تسامح ، لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض ، والمرتهن لا يملكها ، فكيف يملكها غيره ، ولكن لما عومل بمعاملة الإعارة من عدم الضمان ، ويمكن استرداد المغير أطلق الإعارة م: (ليخدمه أو ليعمل له عملاً) ش: لا يوجد في عامة «مختصر القدوري» ، م: (فقبضه خرج من ضمان المرتهن) ش: هذا من لفظ القدوري .

وعلله المصنف بقوله : م: (لمنافاة بين يد العارية وبين يد الرهن) ش: وهو يد المرتهن ، لأن يد المرتهن مضمونة ، ويد العارية ليست بمضمونة ، فلما صحت الإعارة انتفى حكم الرهن ، وهو كونه مضمونًا .

م: (فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء) ش: هذا لفظ القدوري وعلله المصنف بقوله م: (لفوات القبض المضمون وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده) ش: من كلام القدوري ، وعلله م: (لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال) ش: أي في حال كون الرهن في يد المرتهن م: (ألا ترى

أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء ، وهذا لأن يد العارية ليست بلازمة ، والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ، ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وإن لم يكن مضموناً بالهلاك ، وإذا بقي عقد الرهن فإذا أخذه عاد الضمان ؛ لأنه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته . وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبياً بإذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا . ولكل واحد منهما أن يرده رهناً كما كان ؛ لأن لكل واحد منهما حقاً محترماً فيه . وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج من الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدأ . ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء ؛ لأنه تعلق بالرهن حق لازم بهذه

أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به) ش: أي بالرهن م: (من سائر الغرماء) ش: وهذا توضيح لما قبله بالإشارة م: (وهذا لأن يد العارية ليست بلازمة) ش: والرهن لازم ، والشيء لا ينتقض بما دونه م: (والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال) ش: هذا جواب عما يقال كيف أمكن القول ببقاء الرهن ، وأنه لم يبق مضمونًا ؟

فأجاب : بقوله : والضمان . . . إلى آخره .

ثم أوضحه بقوله : م: (ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن) ش: أي في ولد المرهونة ، فإن حكم الرهن ثابت فيه ، فإذا هلك م: (وإن لم يكن مضمونًا بالهلاك) ش: وقد وجد الرهن ولا ضمان ثمة .

م: (وإذا بقي عقد الرهن فإذا أخذه عاد الضمان ، لأنه عاد القبض في عقد الرهن ، فيعود بصفته) ش: وهي الضمان م: (وكذلك لو أعاره) ش: أي الرهن م: (أحدهما) ش: أي الراهن أو المرتهن م: (أجنبيًا بإذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا) ش: إشارة إلى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن م: (ولكل واحد منهما أن يرده رهنًا كما كان ؛ لأن لكل واحد منهما حقًا محترمًا فيه) ش: أي في الرهن حق للراهن الرقبة وحق للمرتهن في اليد م: (وهذا) ش: أي ما ذكرنا من إجازة أحدهما بإذن الآخر أجنبيًا .

م: (بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشر أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج من الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدأ) ش: أي جديد ، وذلك لأن بهذه العقود تعلق حق لازم للغير ، بخلاف الإعارة ، فإنه لم يتعلق بها حق لازم ، فإذا استرجعوا المرتهن إلى يده عاد الضمان ، فلم يقع حاجة إلى العقد المبتدأ .

م: (ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن) ش: أي قبل رد عين الرهن إلى المرتهن فيما إذا باشر أحدهما الإجارة أو البيع أو الهبة م: (يكون المرتهن أسوة للغرماء ؛ لأنه تعلق بالرهن حق لازم بهذه

التصرفات فيبطل به حكم الرهن ، أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا . وإذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن، وكذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية . ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان ، لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان . وكذا إذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال لما بيناه . ومن استعار من غيره ثوباً ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز لأنه متبرع بإثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين واليد هو قضاء الدين. ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتًا للمرتهن كما ينفصل زوالاً في حق البائع ،

التصرفات فيبطل به حكم الرهن) ش: فإذا بطل كان المرتهن وسائر الغرماء سواء م: (**أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم**) ش: يعني فيما إذا أعاره أحدهما بإذن الآخر ، فمات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أحق به من سائر الغرماء ، لأن الرهن لم يبطل بالعارية م: (**فافترقا**) ش: أي الحكمان المذكوران الإجارة والبيع والهبة وحكم العارية .

م: (**وإذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن ، وكذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية، ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال ، وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان**) ش: وذكر قاضي خان أنهما لو اختلفا في وقت الهلاك فادعى المرتهن أنه هلك حالة العمل وادعى الراهن أنه هلك في غير حالة العمل كان القول قول المرتهن والبينة بينة الراهن .

م: (**وكذا إذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال لما بيناه**) ش: يعني في صورة العارية م: (**ومن استعار من غيره ثوبًا ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز**) ش: هذه المسألة إلى قوله وجناية الراهن على الرهن مضمونة من مسائل الأصل ، ذكرها على سبيل التفريع .

وقال الكرخي : إذا استعار الرجل من الرجل شيئًا ليرهنه ثوبًا أو عبدًا أو غير ذلك من العروض فأعاره فله أن يرهنه بأي شيء من الدين شاء وبما شاء منه قليلاً كان ذلك أو كثيراً إذا لم يكن سمى له ما يرهنه ، وإن سمى له قدرًا من الدين فليس له أن يرهنه بصنف غيره ، فإن رهنه بغير ما سمى من القدر وبصنوف الدين فهو ضامن من القيمة الثوب إن هلك في يد المرتهن م: (**لأنه متبرع بإثبات ملك اليد**) ش: وهو إعادة الرهن م: (**فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين واليد ، وهو قضاء الدين ، ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتًا للمرتهن كما ينفصل زوالاً في حق البائع**) ش: أي لا ينفصل ملك اليد عن ملك العين من حيث الزوال في حق البائع ، يعني : أي لو باع بشرط الخيار وسلمه للمشتري تزول يده لا ملكه .

والإطلاق واجب الاعتبار خصوصاً في الإعارة ؛ لأن الجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة . ولو عين قدراً لا يجوز للمستعير أن يرهن بأكثر منه ولا بأقل منه لأن التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة ؛ لأن غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه ، وينفي النقصان أيضاً ؛ لأن غرضه أن يصير مستوفياً للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد ؛ لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض ، وتفاوت الأشخاص في الأمانة والحفظ ، فإذا خالف كان ضامناً ، ثم إن شاء المعير ضمن المستعير ، ويتم عقد الرهن فيما بينه

م: (**والإطلاق واجب الاعتبار**) ش: هذا جواب عما يقال كيف يجوز في الإعارة أن يرهن المستعير بالقليل والكثير وبأي جنس شاء ؟

وتقرير الجواب أن إطلاق الإذن يجب اعتباره إلا بدليل يخصه م: (**خصوصًا في الإعارة ، لأن الجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة**) ش: لأن مبناها على المسامحة .

م: (**ولو عين**) ش: أي المعين م: (**قدرًا لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه**) ش: أي من ذلك القدر م: (**ولا بأقل منه ؛ لأن التقييد مفيد وهو**) ش: أي تقييد المعير بقدر معين م: (**ينفي الزيادة**) ش: على ذلك القدر م: (**لأن غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه**) ش: للمعير عند الاحتياج إلى فكاكه م: (**وينفي النقصان أيضًا**) ش: مثلاً أذن أن يرهن بمائة فرهنه بخمسين لا يجوز رهنه . وقال أحمد يجوز ، لأن من أذن بمائة فقد أذن بخمسين . وقال في وجه يبطل في الكل م: (**لأن غرضه**) ش: أي غرض المعير م: (**أن يصير مستوفيًا للأكثر**) ش: أي لأكثر المالين م: (**بمقابلته**) ش: أي بمقابلة الرهن م: (**عند الهلاك ليرجع به عليه**) ش: أي على المستعير بالكثير بمقابلة الهلاك ، لا بالقليل .

م: (**وكذلك التقييد بالجنس**) ش: بأن قال ارهنه بالدراهم أو بالدنانير م: (**وبالمرتهن**) ش: بأن قالاأرهن عند فلان وعينه م: (**وبالبلد**) ش: بأن قال : أرهن بالبصرة مثلاً م: (**لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض**) ش: أي لتيسر البعض على المعير بالنسبة إلى البعض ، وهذا لأنه ربما يكون الانفكاك بالجنس الذي عينه أيسر مما لا يعينه ، فالرضا بجنس لا يكون برضا بآخر م: (**وتفاوت الأشخاص في الأمانة والحفظ**) ش: فالرضى بالوضع عند رجل لا يكون رضا بالوضع عند آخر ، والرضا أيضًا بالحفظ في موضع بعينه لا يكون رضا بالحفظ في موضع آخر ، لأن الأماكن ربما تتفاوت في معنى الحفظ والصيانة .

م: (**فإذا خالف**) ش: أي المستعير م: (**كان ضامنًا**) ش: أي قيمة الشيء الذي استعاره للرهن ، لأنه صار غاصبًا حيث تصرف فيه بغير إذن صاحبه في غير ما سمى المعير من الجنس والمرتهن والبلد وللمعير أن يأخذه من المرتهن ، لأن الرهن لم يصح م: (**ثم إن شاء المعير ضمن المستعير**) ش: يعني بعد وجوب الضمان ، بخلاف المستعير م: (**ويتم عقد الرهن فيما بينه**) ش: أي

وبين المرتهن ؛ لأنه ملكه بأداء الضمان ، فتبين أنه رهن ملك نفسه ، وإن شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن . وقد بيناه في الاستحقاق . وإن وافق بأن رهنه بمقدار ما أمره به إن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن ؛ لأنه صار قاضياً دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته ؛ لأنه برضاه ، وكذلك إن أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه .

بين المستعير الذي هو الراهن م: (**وبين المرتهن ؛ لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه**) ش: لأنه ملكه بالضمان سابقًا على الراهن .

م: (**وإن شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن**) ش: لأنه غيره في ذلك م: (**وبالدين على الراهن**) ش: أي يرجع به أيضًا وهو ظاهر م: (**وقد بيناه في الاستحقاق**) ش: أي قد بينا ذلك ، قبل هذا الباب في استحقاق الرهن في يد المرتهن وتضمنه ، فإنه يرجع بالدين وبما ضمن .

م: (**وإن وافق**) ش: أي المستعير م: (**بأن رهنه بمقدار ما أمره به إن كانت قيمته**) ش: أي قيمة الذي رهنه م: (**مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ، ووجب مثله لرب الثوب على الراهن**) ش: أي مثل ما تم به الاستيفاء ، وهو مقدار الدين لا مثل قيمة الثوب إن كانت أكبر م: (**لأنه صار قاضيًا دينه بماله بهذا القدر**) ش: أي لأن المستعير صار قاضيًا لدينه بمال الغير بهذا القدر ، لأنه لما استعاره فقد أمره بقضاء دينه من ماله والمأمور قضاء الدين يرجع على الآمر بما قضاه وهو الموجب للرجوع ، أي أمره بقضاء دينه م: (**وهو الموجب للرجوع**) ش: على الآمر بما قضى .

وفي« الإيضاح» : المعير بمنزلة رجل أذن لآخر أن يقضي دينه من وديعته عنده فما مضى صار مضمونًا ، وما لم يقبض فهو أمانة م: (**دون القبض بذاته لأنه برضاه**) ش: لأن قبض المستعير برضا المالك فلا يتعلق به الضمان .

فإن قلت : قبض الثوب وتسليمه برضا المعير ، فينبغي أن لا يوجب الضمان ؟

قلت : ما توجبه بالقبض بل بإيفاء الدين من مالية العين ، ومن قضى دين نفسه من مال الغير برضاه يضمن مثل ذلك .

م: (**وكذلك إن أصابه**) ش: أي الثوب م: (**عيب ذهب من الدين بحسابه**) ش: أي بقدر حصة المعيب م: (**ووجب مثله**) ش: أي مثل ما ذهب م: (**لرب الثوب على الراهن على ما بيناه**) ش: وهو أنه صار قاضيًا دينه بماله بهذا القدر .

وإذا كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقيمة دينه للمرتهن لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته ، وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفياً لما بيناه . ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع ؛ لأنه غير متبرع حيث يخلص ملكه ، ولهذا يرجع على الراهن بما أدى المعير فأجبر المرتهن على الدفع بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين لأنه متبرع إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ

م: (وإذا كانت قيمته) ش: أي قيمة الثوب م: (أقل من الدين ، ذهب بقدر القيمة) ش: لأن القيمة إذا كانت أكثر من الدين ؛ يهلك الزائد على قدر الدين أمانة م: (وعلى الراهن بقيمة دينه للمرتهن ؛ لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته ، وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيًا) ش: بيانه : إذا كان الثوب يساوي خمسة ، وقد رهن بعشرة فأعسر الراهن ، ولم يجد ما أفتكه فهلك الثوب في يد المرتهن ذهب بخمسة ، وعلى الراهن خمسة للمرتهن بقية دينه ، لأن الرهن يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين ، وخمسة لرب الثوب على الراهن ، لأنه صار معترضًا إياه بهذا القدر م: (لما بيناه) ش: وهو أنه صار قاضيًا دينه بماله بهذا القدر .

م: (ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن) ش: قال الكاكي : أي بغير رضاه . قال الأكمل : هذا ليس بظاهر . وقيل معناه نيابة ولعله من الجبران ، يعني جبرانًا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه .

وقال تاج الشريعة في هذا الموضع : ولفظ محمد في المسألة : فأراد المعير أن يفتكه حين عسر الراهن . وفي« مبسوط السرخسي» و «البزدوي» : ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه حين عسر الراهن م: (لم يكن للمرتهن) ش: أن يمتنع من دفعه إليه م: (إذا قضى دينه) ش: انتهى .

قلت : يفهم من هذا الكلام أن جبراً هنا من الجبران ، لا من الجبر الذي معناه القهر لم يكن للمرتهن إن قضى دينه م: (أن يمتنع لأنه غير متبرع حيث يخلص ملكه) ش: لأن المعير هنا بالإيفاء يقصد تخليص ملكه ، فإن كان بمنزلة المديون حيث يقصد بالإيفاء تفريغ ذمته .

م: (ولهذا) ش: أي ويكون غير متبرع م: (يرجع على الراهن بما أدى فأجبر المرتهن على الدفع) ش: قال صاحب «النهاية» : هذا غير مجرى على إطلاقه ولابد ها هنا من قيد معناه يرجع بما أدى إذا كان ما أداه بقدر الدين ، لأنه أكثر منه بيانًا قيمة الرهن ألف ورهنه بألفين فأفتكه المعير بألفين يرجع على الراهن بقدر الدين وهو ألف ، ولا يرجع بأكثر من الألف ، لأنه لو هلك لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك ، فكذلك إذا أفتكه وكان متبرعًا بالزيادة .

م: (بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين ؛ لأنه متبرع إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ

ذمته ، فكان للطالب أن لا يقبله . ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعدما أفتكه فلا ضمان عليه ؛ لأنه لا يصير قاضياً بهذا ، وهو الموجب على ما بينا ، ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن ؛ لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين ، كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير ؛ لأن القول قوله في إنكار أصله ، فكذا في إنكار وصفه ، ولو رهنه المستعير بدين موعود ، وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الإقراض والمسمى والقيمة سواء

ذمته) ش: بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين م: (**فكان للطالب أن لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعدما أفتكه**) ش: أي لو هلك بعد الفكاك م: (**فلا ضمان عليه ؛ لأنه لا يصير قاضيًا دينه بهذا**) ش: أي بهذا الرهن ، لأن الهلاك لم يوجد إلا والراهن عارية محضة فلا يوجد فيه معنى قضاء الدين ، فلا يجب الضمان م: (**وهو الموجب**) ش: أي الموجب هو قضاء الدين أو الهلاك عند المرتهن م: (**على ما بيناه**) ش: وهو قوله: لأنه صار قاضيًا دينه .

م: (**ولو اختلفا في ذلك**) ش: أي لو اختلف المعير والمستعير في ذلك ، فقال المعير : هلك في يد المرتهن ، وقال المستعير : هو الراهن؛ هلك قبل أن أرهنه أو بعدما أفتكه م: (**فالقول للراهن**) ش: وهو المستعير م: (**لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين**) ش: أراد بهما قبل الرهن وما بعد الفكاك م: (**كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به**) ش: أي ولو اختلف المعير والمستعير في رد ما أمر المستعير المعير بالرهن بالثوب بأن قال رب الثوب أمرتك أن ترهنه بخمسة ، وقال المعير بعشرة م: (**فالقول للمعير**) ش: وفي بعض النسخ : وقع هذا كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به ، وهذا ليس بصحيح .

والصحيح ما ذكر ، وهو كما ولو اختلفا ، لأن الغرض مختلف ، لأن في الأول القول قول الراهن وهو المستعير ، وفي الثاني: القول قول المعير لا المستعير ، فكيف يصح التشبه به م: (**لأن القول قوله**) ش: أي قول المعير م: (**في إنكار أصله**) ش: أي في العارية بتأويل عقد العارية م: (**فكذا**) ش: أي فكذا القول قوله م: (**في إنكار وصفه**) ش: أي وصف عقد العارية من الزيادة والنقصان .

م: (**ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا**) ش: صورته ما قال الحاكم الشهيد في« الكافي» : استعار عبدًا يساوي ألف درهم ليرهنه بألف درهم فلم يقبضها حتى صار العبد في يد المرتهن فعلى المرتهن ألف درهم للراهن ، لأنه صار مستوفيًا لمالية الرهن عند الهلاك من قبل الراهن ، وعلى الراهن ألف درهم لصاحبه وهو المعير ، لأنه صار مقرضًا إياه هذا القدر ، م: (**فهلك**) ش: أي الراهن م: (**في يد المرتهن قبل الإقراض والمسمى والقيمة سواء**) ش: أي

يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا أنه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله ؛ لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه . ولو كانت العارية عبداً فأعتقه المعير جاز ؛ لقيام ملك الرقبة . ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن ؛ لأنه لم يستوفه ، وإن شاء ضمن المعير قيمته ؛ لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالإعتاق ، وتكون رهناً عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير لأن استرداد القيمة كاسترداد العين . ولو استعار عبداً أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن ؛

والحال أن المسمى وهو الرهن وقيمته سواء م: (**يضمن**) ش: أي المرتهن الراهن م: (**قدر الموعود المسمى لما بينا أنه**) ش: أي الموعود م: (**كالموجود**) ش: أشار به إلى ما ذكر في باب ما يجوز ارتهانه عند قوله : والرهن بالدرك باطل بقوله: لأن الموعود جعل كالموجود .

م: (**ويرجع المعير على الراهن بمثله**) ش: أي بمثل قدر الموعود المسمى الذي أخذه الراهن من المرتهن م: (**لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه**) ش: أي باستيفاء الراهن م: (**من المرتهن كسلامته**) ش: أي كسلامة الراهن م: (**ببراءة ذمته عنه**) ش: أي عن الدين ، يعني لو سلم الرهن للراهن بأن تبرأ ذمته من الدين بأن كانت ذمته مشغولة بالدين فهلك الرهن عند المرتهن كان يرجع معير الرهن على الراهن المستعير ، فكذا يرجع عليه بأن يسلم الرهن للراهن باستيفاء الراهن مالية الرهن من المرتهن .

م: (**ولو كانت العارية عبداً فأعتقه المعير جاز ؛ لقيام ملك الرقبة ، ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن لأنه لم يستوفه**) ش: لأن الدين عليه م: (**وإن شاء ضمن المعير قيمته**) ش: أي قيمة العبد م: (**لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه**) ش: أي وقد أتلف المعتق حق المرتهن م: (**بالإعتاق وتكون**) ش: أي قيمة العبد م: (**رهنًا عنده**) ش: أي عند المرتهن م: (**إلى أن يقبض دينه فيردها**) ش: أي إلى أن يقبض المرتهن دينه فيرد القيمة المرهونة عنده م: (**إلى المعير ؛ لأن استرداد القيمة كاسترداد العين**) ش: لأن المرتهن استرد قيمة الرهن من المعير ، واسترداد القيمة كاسترداد العين .

م: (**ولو استعار عبداً أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما**) ش: أي العبد والدابة م: (**حتى هلكا**) ش: أي واحد من العبد والدابة م: (**عند المرتهن فلا ضمان على الراهن**) ش: ،وفي «المبسوط» لا ضمان على الراهن ، والمرتهن ضامن للألف يرده على مولى العبد ، وهو رواية أبي حفص .

وقال عيسى : هذا خطأ ، ولكن الصحيح أن الراهن ضامن للألف للمعير صاحب العبد

لأنه قد برئ من الضمان حين رهنهما ، فإنه كـان أميناً خالف ثم عاد إلى الوفاق . وكذا إذا أفتك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن؛ لأنه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك ، وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان . وهذا بخلاف المستعير ؛ لأن يده يد نفسه فلا بد من الوصول يد المالك . أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء . قال : وجناية الراهن على الرهن مضمونة ؛ لأنه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته

والمرتهن ضامن للألف للراهن ، لأن لما هلك في يد المرتهن تم الاستيفاء ، وعلى المرتهن رد ما استوفى ، وإنما استوفاه من الراهن فيرد عليه ، والراهن صار قاضيًا دينه بملك الغير فيغرم مثله .

م: (**لأنه قد برئ من الضمان حين رهنهما ، فإنه كان أمينًا خالف**) ش: أي بالاستخدام والركوب م: (**ثم عاد إلى الوفاق**) ش: بالرهن برئ من الضمان م: (**وكذا إذا أفتك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب**) ش: يعني بالركوب أو الاستخدام م: (**ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن ؛ لأنه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك ، وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان**) .

م: (**وهذا بخلاف المستعير**) ش: غير الراهن حيث لا يبرأ عن الضمان إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق مالم يرد العين إلى مالكها م: (**لأن يده**) ش: أي يد المستعير م: (**يد نفسه فلا بد من الوصول إلى يد المالك . أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء**) ش: أي وعند تحقق الاستيفاء ، وهذا الذي اختاره المصنف هو مختار شمس الأئمة السرخسي ، وأما اختيار شيخ الإسلام خواهر زاده وهو أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق واستدلالاً بمسألة مستعير الرهن .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وجناية الراهن على الرهن مضمونة ؛ لأنه تفويت حق لازم**) ش: يعني باللازم ما لا يقدر على إسقاطه بانفراده م: (**محترم**) ش: يعني بالمحترم أن يكون العين ممنوعًا عن إبطاله ، ولا نعلم فيه خلافًا م: (**وتعلق مثله**) ش: أي تعلق مثل الحق اللازم م: (**بالمال يجعل المالك**) ش: أي مالك المال م: (**كالأجنبي في حق الضمان**) ش: وأوضح ذلك بقوله : م: (**كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه**) ش: أي تبرع المريض م: (**فيما وراء الثلث**) ش: لأن ما وراء الثلث حق الورثة م: (**والعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته**

ليشتري بها عبد يقوم مقامه . قال : وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ، ومعناه : أن يكون الضمان على صفة الدين ، وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه . قال وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى ما لهما هدر ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله-وقالا : جنايته على المرتهن معتبرة ، والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال ، أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك ، ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه ، بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه ؛ لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً حتى يكون الكفن عليه ، فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت .

ليشتري بها عبد يقوم مقامه) ش: لتعلق الحق اللازم به .

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(وجناية المرتهن عليه)** ش: أي وعلى الراهن م: **(تسقط من دينه بقدرها)** ش: أي بقدر الجناية م: **(ومعناه)** ش: أي معنى قول القدوري م: **(أن يكون الضمان على صفة الدين)** ش: يعني من جنسه جودة ورداءة ويسقط من الدين بقدرها . ولو كان بخلاف الجنس يكون رهنًا مع الأصل ، قاله تاج الشريعة .

م: **(وهذا)** ش: أي السقوط من دين المرتهن بقدرها م: **(لأن العين ملك المالك)** ش: وهو الراهن م: **(وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه)** ش: لأن دينه إتلاف ملك الغير .

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى ما لهما هدر)** ش: أي ساقط لا يعتبر به م: **(وهذا)** ش: أي كونها هدراً م: **(عند أبي حنيفة- رحمه الله- ، وقالا)** ش: أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: **(جنايته)** ش: أي جناية الرهن م: **(على المرتهن معتبرة ، والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال)** ش: وهي ما إذا كان خطأ في النفس أو فيما دونها ، أما ما يوجب القصاص فيعتبر بالإجماع ، ولا نعلم فيه خلافًا .

م: **(أما الوفاقية)** ش: وهي المسألة الوفاقية وهي الجناية على الراهن م: **(فلأنها جناية المملوك على المالك ، ألا ترى أنه لو مات)** ش: أي العبد الرهن م: **(لكان الكفن عليه)** ش: أي على مولاه ، وكل ما كان كذلك فهو هدر ، لأنه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله ، فإذا جنى عليه فلو وجب عليه شيء لكان واجبًا له عليه وذلك باطل .

م: **(بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه)** ش: هذا جواب عن نقض يرد بالمغصوب إذا جنى على مالكه المغصوب منه ، فإنها توجب الضمان . وتقرير الجواب به : ما قاله بقوله : م: **(لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً)** ش: من وقت الغصب ، وأوضح ذلك بقوله : م: **(حتى يكون الكفن عليه)** ش: أي على الغاصب م: **(فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت)** ش:

ولهما في الخلافية : أن الجناية حصلت على غير مالكه ، وفي الاعتبار فائدة . وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن . وإن قال المرتهن : لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله . ولو أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية ؛ لأنها حصلت في ضمانه ، فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء ، لأنه لا فائدة في اعتبارها ، لأنه لا يتملك العبد وهو الفائدة .

أي جنايته .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م: (**في الخلافية**) ش: أي في المسألة الخلافية م: (**أن الجناية حصلت على غير مالكه**) ش: لأن العبد في الحال ملك المغصوب منه وقد جنى غير المالك فيعتبر م: (**وفي الاعتبار فائدة**) ش: جواب عما يقال إن ماليته تحتبسه بدينه فلا فائدة في إيجاب الضمان ، وتقرير الجواب أن في الاعتبار فائدة م: (**وهو دفع العبد إليه بالجناية**) ش: أي المرتهن م: (**فتعتبر**) ش: وإن كان يسقط حقه في الدين ، فإن أبقاه رهنًا وجعله بالدين لم يثبت له ملك العين ، وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية ، وإن لم يكن له غرض في ذلك تترك طلب الجناية ويستبقه رهنًا كما كان .

م: (**ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن**) ش: بالدفع ، وهذا التفريع على قولهما م: (**ودفعاه**) ش: فيه تسامح ، لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه ومخلصه المشاكلة ، فإنه وإن كان قابلاً ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في ضمنه ، أو لتعليله سماه دافعًا وبناه م: (**بالجناية إلى المرتهن . وإن قال المرتهن : لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله**) .

م: (**ولو**) ش: أي لأبي حنيفة - رحمه الله - : م: (**أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه**) ش: أي على المرتهن م: (**التطهير من الجناية**) ش: يعني هو مخاطب أيضًا بالدفع أو الفداء م: (**لأنها**) ش: أي لأن الجناية م: (**حصلت في ضمانه ، فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه**) ش: ولا فائدة فيه .

م: (**وجنايته**) ش: أي وجناية الرهن م: (**على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء ؛ لأنه لا فائدة في اعتبارها ؛ لأنه لا يتملك العبد**) ش: أي لا منفعة للمرتهن في اعتبار تلك الجناية ، فإنه لا يستحق بها الملك ، ولكن يستحق بالدين مالية العبد يباع فيه ، وذلك يستحق له بدينه م: (**وهو الفائدة**) ش: أي تملك العبد هو الفائدة .

وإن كانت القيمة أكثر من الدين ، فعن أبي حنيفة - رحمه الله- أنه يعتبر بقدر الأمانة ؛ لأن الفضل ليس في ضمانه فأشبه جناية العبد الوديعة على المستودع . وعنه : أنها لا تعتبر؛ لأن حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت ، فصار كالمضمون ، وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن ؛ لأن الأملاك حقيقة متباينة ، فصار كالجناية على الأجنبي . قال : ومن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف إلى أجل فنقص في السعر فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائه ثم حل الأجل فإن المرتهن يقبض المائة قضاءً عن حقه ، ولا يرجع على الراهن بشيء . وأصله : أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافاً لزفر - رحمه الله-،

م: (**وإن كانت القيمة أكثر من الدين**) ش: بأن كانت القيمة ألفين والدين ألفًا م: (**فعن أبي حنيفة- رحمه الله- أنه يعتبر بقدر الأمانة**) ش: أي إن حكم الجناية يثبت في مقدار الأمانة م: (**لأن الفضل ليس في ضمانه فأشبه جناية العبد الوديعة على المستودع**) ش: فإن جنايته على المودع معتبرة .

م: (**وعنه**) ش: أي و عن أبي حنيفة رواه عنه أبو يوسف : م: (**أنها لا تعتبر**) ش: أي أن حكم الجناية لا يعتبر م: (**لأن حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت ، فصار كالمضمون**) ش: لأن مقدار الأمانة رهن في يده ، فصار لمقدار المضمون م: (**وهذا**) ش: أي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدر .

م: (**بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن**) ش: فإنها معتبرة بالاتفاق م: (**لأن الأملاك حقيقة متباينة**) ش: أي بين الأب والابن م: (**فصار**) ش: أي حكم الجناية م: (**كالجناية على الأجنبي**) ش: وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يعتبر جنايته على ابن الراهن ولا على ابن المرتهن .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد في« الجامع الصغير» : م: (**ومن رهن عبدًا يساوي ألفًا بألف إلى أجل فنقص**) ش: أي العبد م: (**في السعر فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الأجل فإن المرتهن يقبض المائة قضاءً عن حقه ، ولا يرجع على الراهن بشيء**) ش: أي من تسع مائة .

م: (**وأصله**) ش: أي أصل حكم هذه المسألة : م: (**أن النقصان**) ش: أي أن نقصان الرهن م: (**من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين**) ش: يعني لا يذهب به شيء من الدين م: (**عندنا**) ش: وهنا ثلاث فصول : الأول : هو المذكور وفيه خلاف زفر ، أشار إليه بقوله : م: (**خلافًا لزفر - رحمه الله**)

الفصل الثاني : هو قوله : وإن أمره الراهن أن يبيعه .

هو يقول : إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين . ولنا : أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع ، حتى لا يثبت به الخيار ، ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان ، بخلاف نقصان العين ؛ لأن بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه ، إذ اليد يد الاستيفاء ، وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهوناً بكل الدين ، فإذا قتله حر غرم قيمته مائة ؛ لأنه تعتبر قيمته يوم الإتلاف في ضمان الإتلاف ؛ لأن الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن ؛ لأنه بدل المالية في حق المستحق . وإن كان مقابلاً بالدم على أصلنا ، حتى لا يزداد على دية الحر؛ لأن المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية ، فكذا فيما قام مقامه ، ثم لا يرجع على الراهن بشيء ؛ لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر ،

والفصل الثالث : هو قوله : وهو ما إذا قتله عبد قيمته مائة ، وفيه خلاف على ما يأتي إن شاء الله تعالى خلافًا لزفر م: (هو) ش: أي زفر - رحمه الله - م: (**يقول إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين**) ش: فإذا انتقص من عينه شيء ذهب قسطه من الدين اتفاقًا .

م: (**ولنا : أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس ، وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ، ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان**) ش: ونقصان السعر لا تعلق له بالرهن ، لأن ذلك شيء يحدث في قلوب العباد بقلة الرغبات ، وتحدث زيادة السعر بكثرة الرغبات ، ولهذا لم يعتبر نقصان السعر ، في المبيع إذا انتقض قبل قبض المشتري ، حتى لا يكون له خيار الرد. وكذلك لا يعتبر في الغصب أيضًا حتى إذا رده الغاصب إلى المالك لا يضمن نقصان السعر .

م: (**بخلاف نقصان العين ؛ لأن بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه ، إذ اليد يد الاستيفاء، وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي**) ش: أي العبد م: (**مرهونًا بكل الدين ، فإذا قتله حر غرم قيمته مائة ؛ لأنه تعتبر قيمته يوم الإتلاف في ضمان الإتلاف ؛ لأن الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن ؛ لأنه بدل المالية**) ش: أي لأن حقه متعلق بمالية الرهن م: (**في حق المستحق**) ش: أي المرتهن.

م: (**وإن كان مقابلاً بالدم على أصلنا**) ش: أي وإن كان البدل مقابلاً بالدم ، وأوضح ذلك بقوله: م: (**حتى لا يزداد**) ش: أي البدل م: (**على دية الحر**) ش: لأنه إذا زيد ينتفي المقابلة م: (**لأن المولى استحقه بسبب المالية**) ش: هذا دليل قوله : لأنه بدل المالية في حق المستحق .

م: (**وحق المرتهن متعلق بالمالية ، فكذا فيما قام مقامه**) ش: أي فكذا يتعلق حقه فيما يقوم مقام حقه بالمالية ، حتى لا يرجع على الراهن بشيء من التسعمائة ، وهو معنى قوله: م: (**ثم لا يرجع على الراهن بشيء**) ش: أي بشيء زائد على المالية م: (**لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء**) ش: أي من أول الأمر م: (**وبالهلاك يتقرر**) ش: أي وبهلاك الرهن يتقرر أن الاستيفاء من الابتداء ،

وقيمته كانت في الابتداء ألفاً فيصير مستوفياً للكل من الابتداء . أو نقول : لا يمكن أن يجعل مستوفياً الألف بمائة ؛ لأنه يؤدي إلى الربا ، فيصير مستوفياً المائة وبقي تسعمائة في العين ، فإذا هلك يصير مستوفياً تسعمائة بالهلاك ، بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد ، لأنه يصير مستوفياً الكل بالعبد ؛ لأنه لا يؤدي إلى الربا . قال : وإن كان أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة ؛ لأنه لما باعه بإذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه. ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين إلا بقدر ما استوفى ، وكذا هذا . قال : وإن قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه أفتكه بجميع الدين ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله-. وقال محمد -رحمه الله-: هو بالخيار إن شاء أفتكه بجميع الدين ، وإن

أي من أول الأمر م: (وقيمته كانت في الابتداء ألفًا فيصير) ش: أي المرتهن م: (مستوفيًا للكل من الابتداء) ش: أي من الرهن فلا يأخذ شيئًا غير المالية .

م: (أو نقول) ش: هذا دليل آخر م: (لا يمكن أن يجعل) ش: أي المرتهن م: (مستوفيًا الألف بمائة ؛ لأنه يؤدي إلى الربا ، فيصير مستوفيًا المائة وبقي تسعمائة في العين) ش: أي في عين الرهن قبل الهلاك م: (فإذا هلك) ش: أي الباقي وهو التسعمائة م: (يصير) ش: أي المرتهن م: (مستوفيًا تسعمائة بالهلاك) ش: لأن بالهلاك يصير مساويًا ويسقط بقية الدين .

م: (بخلاف ما إذا مات) ش: أي العبد المرهون م: (من غير قتل أحد ؛ لأنه) ش: أي لأن المرتهن م: (يصير مستوفيًا الكل) ش: أي كل الدين م: (بالعبد) ش: أي الناقص في السعر م: (لأنه لا يؤدي إلى الربا) ش: لأنه لا يتحقق الربا من العبد والدين .

م: (قال) ش: أي قال محمد في «الجامع الصغير» : م: (وإن كان أمره الراهن أن يبيعه) ش: أي إذا أمر الراهن المرتهن ببيع العبد الرهن المذكور م: (فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه) ش: أي لأجل القضاء من حقه ، أي الدين .

م: (فيرجع بتسعمائة ؛ لأنه لما باعه) ش: أي لأن المرتهن لما باع العبد م: (بإذن الراهن صار كأن الراهن استرده) ش: أي العبد م: (وباعه بنفسه . ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين إلا بقدر ما استوفى ، وكذا هذا) ش: وفي بعض النسخ : كذلك هذا .

م: (قال) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: (وإن قتله عبد) ش: أي فإن قتل العبد المرهون الذي كان يساوي ألفًا بألف في ابتداء الرهن ثم نقص سعره فرجعت قيمته إلى مائة فقتله عبد مثله م: (قيمته مائة فدفع) ش: السيد م: (مكانه أفتكه) ش: أي الراهن م: (بجميع الدين) ش: من غير خيار م: (وهذا) ش: أي هذا الحكم م: (عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - . وقال محمد - رحمه الله - : هو بالخيار) ش: أي الراهن مخير م: (إن شاء أفتكه بجميع الدين ، وإن

سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بماله . وقال زفر -رحمه الله- : يصير رهناً بمائة ، له : أن يد الراهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك ، إلا أنه أخلف بدلاً بقدر العشر فبقي الدين بقدره . ولأصحابنا على زفر- رحمه الله-: أن العبد الثاني قائم مقام الأول لحماً ودماً . ولو كان الأول قائمًا وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا ، فكذلك إذا قام المدفوع مكانه . ولمحمد- رحمه الله- في الخيار: أن المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب إذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه ، كذا هذا . ولهما : أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الأول لحماً ودماً كما ذكرناه مع زفر - رحمه الله-،

شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بماله . وقال زفر - رحمه الله-: يصير رهنًا بمائة) ش: ويفتكه بمائة ويسقط تسعة أعشار الدين م: (له) ش: أي لزفر م: (أن يد الراهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك) ش: أي قد تقرر الاستيفاء بهلاك الرهن وهو العبد المقتول م: (إلا أنه) ش: أي أن العبد المقتول م: (أخلف بدلاً بقدر العشر فبقي الدين بقدره) ش: أي بقدر عشر الدين .

م: (ولأصحابنا على زفر- رحمه الله-:أن العبد الثاني قائم مقام الأول) ش: أي مقام العبد الأول م: (لحمًا ودمًا) ش: يعني صورة ومعنى ، أما صورة: فظاهر ، وأما معنى : فلأن القاتل كالمقتول في الآدمية ، والشرع اعتبره حرامًا من حيث الآدمية دون المالية ، ألا ترى إلى استوائهما في حق القصاص ، فكذا في الرفع أيضًا .

م: (ولو كان الأول قائمًا وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا) ش: أشار إلى قوله أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس إلى آخره، م: (فكذلك إذا قام المدفوع) ش: أي العبد المدفوع م: (مكانه) ش: أي مكان العبد الأول .

م: (ولمحمد - رحمه الله- في الخيار : أن المرهون تغير في ضمان المرتهن) ش: لأنه غيره في الحقيقة والتغير لا بد من أن يوجب الخيار ، فإذا كان كذلك م: (فيخير الراهن كالمبيع) ش: أي في العبد المبيع م: (إذا قتل قبل القبض) ش: فدفع به العبد القاتل مكانه . م: (والمغصوب) ش: أي وكان المغصوب م: (إذا قتل في يد الغاصب) ش: يعني إذا غصب عبدًا قيمته ألف فقتله عبد قيمته مائة فدفع م: (يخير المشتري) ش: في مسألة البيع م: (والمغصوب منه) ش: في مسألة الغصب والمشتري يتخير بين أن يأخذ المدفوع وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع ، وإن شاء أخذ المدفوع مكانه، م: (كذا هذا) ش: أي أن يخير الراهن في مسألة الرهن إذا تغير في ضمان المرتهن .

م: (ولهما) ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - : م: (أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الأول لحمًا ودمًا كما ذكرناه مع زفر - رحمه الله -) ش: فلو كان الأول

وعين الرهن أمانة عندنا ، فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ، ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وأنه منسوخ ، بخلاف البيع لأن الخيار فيه حكمه الفسخ ، وهو مشروع ، وبخلاف الغصب ، لأن تملكه بأداء الضمان مشروع ، ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف . وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأً فضمان الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع ، لأنه لا يملك التمليك . قال: ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ، ولا يرجع على الراهن بشيء

قائمًا وتراجع سعره لم يكن له خيار كذلك هنا م: **(وعين الرهن أمانة عندنا)** ش: كما مر في أول كتاب الرهن، م: **(فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه)** ش: أي بغير رضا المرتهن .

م: **(ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي)** ش: رواه النبي ﷺ بقوله «لا يغلق الرهن» م: **(وأنه منسوخ)** ش: أي الشرع نسخ ذلك ، فلا يجوز المصير إليه م: **(بخلاف البيع)** ش: هذا جواب عن قياس محمد بالبيع ،بيانه : أن القياس بالبيع في الخيار لا يصح م: **(لأن الخيار فيه حكمه الفسخ، وهو مشروع ، وبخلاف الغصب ؛ لأن تملكه بأداء الضمان مشروع)** ش: بخلاف ما نحن فيه .

م: **(ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف)** ش: وقال الأترازي : هذا تكرار لا محالة ، لأن وضع المسألة في الفصل الثالث ، وهو قوله فإن قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه أفتكه بجميع الدين ، فلا حاجة بعد ذلك بعينه فهو على الخلاف . وقال الأكمل - رحمه الله - : قيل في بعض الشروح : هذا تكرار لا محالة .

قلت : أراد به الأترازي ، ثم ذكر قوله لما ذكرنا إلى قوله فهو على الخلاف ، ثم قال : وكذلك قال صاحب «النهاية» جعل الصورة الثالثة فيما إذا تراجع السعر ، لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار ، وهو لازم عليه أيضًا ، وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب «الهداية» الذي جاز قصبات السبق في التحقيق ، وإنما الصورة الثالثة : في غير تراجع السعر كما ذكرنا ، وهذه المسألة في صورة التراجع ولا تكرار به .

م: **(وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأً فضمان الجناية على المرتهن)** ش: لأن العبد كله في ضمانه ودينه مستغرق لرقبته ، لأن المسألة فيما إذا كانت قيمته والدين سواء لأن قيمته لو كانت أكثر من الدين بعدها م: **(وليس له أن يدفع)** ش: أي وليس للمرتهن دفع العبد م: **(لأنه)** ش: أي لأن الرهن م: **(لا يملك التمليك)** ش: لأن الدفع تمليك الرقبة وهو لا يملك تمليكها .

م: **(قال : ولوفدى)** ش: أي لو فدى المرتهن م: **(طهر المحل)** ش: بالطاء المهملة ، أي طهر العبد عن الجناية م: **(فبقي الدين)** ش: في الرهن م: **(على حاله ، ولا يرجع على الراهن بشيء من**

من الفداء ؛ لأن الجناية حصلت في ضمانه ، فكان عليه إصلاحها . قال: ولو أبى المرتهن أن يفدي قيل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية ؛ لأن الملك في الرقبة قائم له ، وإنما أبى المرتهن الفداء لقيام حقه . قال : فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ، ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء . فإن اختار الدفع سقط الدين ؛ لأنه استحق المعنى في ضمان المرتهن ، فصار كالهلاك . قال : وكذلك إن فدى لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء . بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنساناً أو استهلك مالاً حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء ، لأنه غير مضمون على المرتهن ، فإن دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين ، كما لو هلك في الابتداء ، وإن فدى فهو رهن مع أمه على حالهما . قال : ولو استهلك العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته ، فإذا أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد فديته على حاله كما في الفداء ، وإن أبى قيل للراهن: بعه في الدين إلا أن يختار أن يؤدى عنه ،

الفداء ؛ لأن الجناية حصلت في ضمانه ، فكان عليه إصلاحها . قال : ولو أبى المرتهن أن يفدي ، قيل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية ؛ لأن الملك في الرقبة قائم له) ش: أي للراهن م: (وإنما أبى المرتهن الفداء لقيام حقه . قال : فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها) ش: أي من حكم الجناية م: (التخيير بين الدفع والفداء . قال : فإن اختار الدفع سقط الدين ؛ لأنه) ش: أي لأن العبد م: (استحق المعنى) ش: وهو الجناية م: (في ضمان المرتهن ، فصار كالهلاك) ش: أي كهلاك العبد ، والجامع زوال ملك الراهن عن الرهن في ضمان المرتهن .

م: (قال : وكذلك إن فدى) ش: أي وكذلك يسقط الدين إن فدى م: (لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء) ش: يعني إذا كان على المرتهن دين وقد أداه الراهن وجب على المرتهن مثل ما أدى إلى ولي الجناية ، وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصًا فيسلم الرهن للراهن . ولا يكون متبرعًا في أداء الفداء ، لا أنه يسعى في تخليص ملكه كعير الرهن .

م: (بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنسانًا أو استهلك مالاً حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء) ش: أي في أول الأمر م: (لأنه غير مضمون على المرتهن ، فإن دفع) ش: أي الراهن إلى المرتهن م: (خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين ، كما لو هلك في الابتداء) ش: أي في أول الأمر هلك بدون الجناية يخرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين م: (وإن فدى) ش: أي الراهن م: (فهو) ش: أي الابن م: (رهن مع أمه على حالهما) ش: تبعًا لها .

م: (قال : ولو استهلك العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته ، فإذا أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد فديته على حاله كما في الفداء) ش: أي كما ينبغي الدين على حاله إذا فداه م: (وإن أبى) ش: أي المرتهن م: (قيل للراهن بعه) ش: أي العبد م: (في الدين إلا أن يختار أن يؤدي عنه) ش: الدين م:

فإن أدى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء . قال : وإن لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه ؛ لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى .

(**فإن أدى بطل دين المرتهن**) ش: على الراهن م: (**كما ذكرنا في الفداء**) ش: وهو قوله : وكذلك إن فدى .

م: (**قال : وإن لم يؤد**) ش: أي الراهن م: (**وبيع العبد فيه**) ش: أي في الدين م: (**يأخذ صاحب دين العبد دينه ، لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية**) ش: وعلى حق ولي الجناية أيضًا ، حتى لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ، ولفظه : وحق الجناية مجرور ، لأنه عطف على دين المرتهن .

وحاصل المعنى : دين العبد مقدم على حق ولي الجناية أيضًا ، حتى لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في جناية المملوك في الديات ، قاله الكاكي . وكذا قاله الأكمل وتاج الشريعة .

وقال الأترازي : قوله : «وحق ولي الجناية» بالنصب أو بالرفع عطفاً على لفظ «للدين ومحله» ، معناه : أن دين العبد مقدم على دين المرتهن ، وكذلك حق ولي الجناية أيضاً مقدم على دين المرتهن ، لأن كل واحد منهما مقدم على حق الولي فلأنه مقدم على حق المرتهن أولى ، لأن حق المالك أقوي .

ثم قال : وقال بعضهم في شرحه : قوله : «وحق ولي الجناية »،بالجر ، أي دين العبد مقدم على دين المرتهن ، ويقدم أيضاً على حق ولي الجناية ، حتي لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ، ثم يباع للغرماء فالقول هذا في غاية الضعف ، لأن المسألة التي استشهد بها يدفع كلامه ، لأنه قال : دين العبد مقدم علي حق ولي الجناية وفي المسألة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء ، فإنه مناقضة لا محالة . قلت أراد بقوله : «وقال وبعضهم » في «شرح الكاكي »: كما ذكر كلامه في إعراب وحق غير موجه يعرف بالتأمل ، وأما اعتراضه عليه في المسألة المستشهد بها فلا وجه لأنه يجيء .

م: (**لتقدمه على حق المولى**) ش: أي لتقدم كل واحد منها من دين العبد ومن حق ولي الجناية على حق المولى ، كذا فسره الأترازي ، وقال الكاكي : أي لتقدم حق العبد على حق المولى يكون مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية ، لأن المرتهن يقوم مقام الولي في المالية وولي الجناية مقام الولي في ملك العين ، وكذا فسره الأكمل -رحمه الله- ، والفرق بين التفسيرين بحسب تفسيرهم قوله : «وحق الجناية» .

قال : فـإن فضل شـيء ودين غريم العـبد مثـل دين المرتهن أو أكثـر فالفـضل للراهن وبطل دين المرتهن لأن الرقبـة استـحقت لمعنى هو في ضمـان المرتهن فأشـبه الهلاك . قـال : وإن كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقـدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبـقى رهناً كما كان . ثم إن كان دين المرتهن قد حـل أخذه به لأنه من جنْس حقه . وإن كان لم يحل أمـسكه حتى يحل . وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على أحد حتى يعتق العبد؛ لأن الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته ، وقد استـوفيت فيتأخر إلى ما بعد العتق . قال : ثم إذا أدى بعده لا يرجع على أحـد ؛ لأنه وجب عليه بفـعله . قال : وإن كانت قـيمة العـبد ألفين وهو رهن بألف وقـد جنى العبد ، يقـال لهمـا : افدياه ؛ لأن النصف منه مـضمون ، والنـصف أمانة ، والفداء في المضمون على المرتهن . وفي الأمانة على الراهن ،

م: (قال : فإن فضل شيء) ش: أي من ثمن العبد الذي بيع م: (ودين غريم العبد) ش: الواو فيه للحال م: (مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن ؛ لأن الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبه الهلاك) ش: أي هلاك العبد حيث يبطل دين المرتهن به .

م: (قال : وإن كـان دين العبـد أقل) ش: من دين المرتهـن م: (سقط من دين المرتـهن بقدر دين العبد) ش: لأن ذلك استحق بسبب كان في يد المرتهن م: (وما فضل من دين العبـد يبقى رهنًا كما كان) ش: رهنًا أو لا .

م: (ثم إن كـان دين المرتـهن قـد حل أخـذه به) ش: أي بـدينه م: (لأنه من جنس حـقـه) ش: فلامعنى لحسن الدرهم بالدرهم فيستوفيه م: (قال : وإن كان) ش: أي دينه م: (لم يحل أمسكه) ش: أي أمسك الباقي م: (حتى يحل) ش: دينه م: (وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي) ش: من دينه م: (على أحد حتى يعـتق العبد) ش: فإذا أعتق رجع عليه م: (لأن الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت) ش: أي الرقبة قد استحقت بسبب كان في يده م: (فيتأخر) ش: أي الدين الباقي م: (إلي ما بعـد العتق . قـال : ثم إذا أدى بعده) ش: أي ثـم إذا أدى العبد الباقي بعد العتقم: (ولا يرجع) ش: أي العبدم: (على أحد) ش: بما أدى م: (لأنه وجب عليه بفعله) ش: لأن الباقي وجب عليه بفعل نفسه .

م: (قال : وإن كان قيـمة العبد ألفين وهو) ش: أي العبد م: (رهن بألف وقد جنى العـبد) ش: جناية على النفس م: (يقال لهما) ش: أي للراهن والمرتهن م: (افدياه ؛ لأن النصف منه مـضمون ، والنصف أمانة ، والفداء في المضـمون على المرتهن . وفي الأمانة على الراهن) ش: لأن النصف الجناية في الأمانة يلزم المالك للرقبة كما يلزم المودع وحكمها في المضمون يتعلق بالراهن ، فلذلك قيل لهما : افديا فديًا .

فإن أجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا ، وإنما منه الرضا به . قال : فإن تشاحا فالقول لمن قال : أنا أفدي راهناً كان أو مرتهناً .أما المرتهن فلأنه ليس في الفداء إبطال حق الراهن ، وفي الدفع الذي يختاره الراهن إبطال حق المرتهن ، وكذا في جناية ولد الرهن إذا قال المرتهن : أنا أفدي له ذلك وإن كان المالك يختار الدفع ، لأنه إن لم يكن مضموناً فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ، ولا ضرر على الراهن ، فكان له أن يفدي . وأما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا ، فكيف يختاره . قال : ويكون المرتهن في الفداء متطوعاً في حصة الأمانة ، حتى لا يرجع على الراهن ؛ لأنه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن

م: (**فإن أجمعا على الدفع دفعاه**) ش: ولفظ «دفعاه» يجوز ، لأنه لدفع تمليك لا يملك الرتهن ذلك ، وإنما معنى أن المرتهن رضي بالدفع حين امتنع من الفداء فدفع إلى الراهن وأضاف الدفع إليهما ، لأنه تم باختيارهما ، وإن لم يقم بفعله كذا ذكر القدوري في «شرحه» ، م: (**وبطل دين المرتهن والدفع لا يجور في الحقيقة من المرتهن لما بينا**) ش: إشارة إلى قوله لأنه يملك التمليك . وفي بعض النسخ: لما ذكرنا م: (**وإنما منه الرضا به**) ش: أي من المرتهن الرضا بالدفع وقد ذكرنا هذا من شرح القدوري آنفاً .

م: (**قال : فإن تشاحا**) ش: أي الراهن والمرتهن فقال المرتهن أنا أفدي ، وقال الراهن أنا أدفع م: (**فالقول لمن قال أنا أفدي راهنا كان أو مرتهنًا . أما المرتهن فلأنه ليس في الفداء إبطال حق الراهن ، وفي الدفع الذي يختاره الراهن إبطال حق المرتهن ، وكذا في جناية ولد الرهن**) ش: أي وكذا الحكم في جناية ولد الرهن م: (**إذا قال المرتهن : أنا أفدي له ذلك وإن كان المالك يختار الدفع**) ش: كلمة «إن» واصلة بما قبلها م: (**لأنه**) ش: أي لأن الولدم: (**إن لم يكن مضمونًا فهو محبوس بدينه**) ش: أي بدين المرتهن ، أي وللمرتهن م: (**وله في الفداء غرض صحيح**) ش: وهو أن يكون الولد رهنًا كأصله ، وكذا قاله شيخي العلاء .

وقال تاج الشريعة : عوض صحيح ، أي حبس الرقبة لجانب الاستيفاء .

م: (**ولا ضرر على الراهن**) ش: لأن المرتهن لم يرجع عليه بشيء م: (**فكانه له أن يفدي . وأما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا**) ش: يعني به أن الرقبة ليست له ، فكيف يملكها من غيره وهو معنى قوله م: (**فكيف يختاره . قال : ويكون المرتهن في الفداء متطوعاً في حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن**) ش: يعني إن كان الذي يختار الفداء هو المرتهن كان متطوعاً في حصة الأمانة ، لأن اختار مع تمكينه من الامتناع لحصول الراهن ، فكان كالأجنبي م: (**لأنه**) ش: أي لأن المرتهن م: (**يمكنه أن لا يختاره**) ش: أي الفداء م: (**فيخاطب الراهن**) ش: لأنه بعدما التزم

فلما التـزمه والحالة هذه كـان متبـرعاً ، وهذا على ما روي عـن أبي حنيفة -رحـمه الله- : أنه لا يرجع مع الحـضور ، وسنبين القـولين إن شاء اللـه تعالى . قـال: ولو أبى المرتهن أن يفدي وفـداه الراهن ، فإنه يجب على المرتهـن نصف الفداء من دينه ؛ لأن سقوط الدين أمـر لازم فدى أو دفع فلم يجـعل الراهن في الفداء مـتطوعـاً ، ثم ينظر إن كان نصـف الفداء مـثل الدين أو أكثـر بطل الدين، وإن كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء ، وكان العبد رهناً بما بقي؛ لأن الفداء في النصف كان عليه ، فإذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليـه، فيصير قصاصاً بدينه كأنه أوفى نصـفه ، فـيبقى العبـد رهناً بما بقي . قال: ولو كان المرتهن فـدى والراهن حاضر فـهو متطوع ، وإن كان غائبـاً لم يكن متطوعاً، وهذا قول أبي حنيفة -رحـمه الله- . وقال أبو يوسف ومحـمد والحـسن وزفر -رحـمهم الله-: المرتهن مـتطوع في الوجهـين ؛ لأنه فدى ملك غـيره بغيرأمره ، فأشبه الأجنبي .

المرتهن الفداء لا يتمكن الراهن من الدفع ، فتغير الفداء يخاطب به م: (فلما التـزمه والحالة هذه كان متبرعاً) ش: أي فلما التزم الفداء المرتهن مع تمكينه الفداء يكون متبرعاً .

م: (وهذا) ش: أي المذكور م: (على مـا روي عن أبي حنيفـة- رحمـه الله-: أنه) ش: أي أن المرتهن م: (لايرجع مع الحـضور) ش: أي مع حضور الراهن أو كـان غـائباً م: (وسنبين القولين إن شاء الله تـعالي) ش: والقـولان وهمـا قول أبي حنيفـة وقول مـخـالفيـه ، لأنه المذكور بعـد هذا ، فافهم ، أي بعد هذا بخطوط عند قوله م: (قال: ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداه الراهن) ش: حاضر ، و لو أبى المرتهن أي يفـدي وفـداه الراهن م: (فـإنه يجب المرتهن نصف الفـداء من دينه ؛ لأن سقـوط الدين أمـر لازم فدي أو دفع فلم يجـعل الراهن في الفداء مـتطوعًا ، ثم ينظر إن كـان نصف الفـداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين) ش: يعني أن موجب الجناية الدفع أو الفداء أو على التقديرين .

م: (وإن كـان أقل سـقـط من الـدين بقـدر نـصـف الفداء ، وكـان العبد رهناً بما بقي ، لأن الفداء في النصف كان عليه ، فإذا أداة الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه ، فيصير قصاصاً بدينه كأنه أوفى نصفـه ، فيبقى العـبد رهناً بما بقي . قال : ولو كان المرتهن فـدى والراهن حاضر فهـو متطوع ، وإن كان غائباً) ش: أي غيبته منقطعة ، ذكره في « الأسرار» م: (لم يكن متطوعاً، وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله- . وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر -رحمهم الله-: المرتهن متطوع في الوجهين) ش: أي الحضور والغيبة ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

وروي عن أبي حنيفة عكس هذا ، وهو : الراهن إذا كان حـاضراً لا يكون متطوعـاً، وإن كان غائباً يكون متطوعاً م: (لأنه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبه الأجنبي) .

ولـه : أنه إذا كان الراهن حاضراً أمكنه مـخاطبته ، فإذا أفداه المرتهن فقد تبـرع كالأجنبي ، فأما إذا كان الراهن غائباً تعذر مخاطبـته ، والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون ، ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة فلا يكـون متبرعاً . قال : وإذا مات الراهن باع وصـية الرهن وقضى الدين ؛ لأن الوصي قائم مقامه. ولو تولى الموصى حيًا بنفسه كان له ولاية البيع بإذن المرتهن ، فكذا الوصية . قال: وإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصياً وأمره ببيعه ؛ لأن القاضي نصب ناظراً لحقوق المسلمين إذا عـجـزوا عن النظر لأنفـسهـم، والنظر في نصب الوصي ليؤدي مـا عليه لـغيـره ويستوفـي ماله من غيره . قـال : وإن كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركـة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه ؛ لأنه آثر بعض الغرماء بالإيفاء الحكمي

م: (ولـه) ش: أي ولأبي حنيـفـة : م: (أنه إذا كان الراهـن حاضراً أمكنه مـخاطبته ، فـإذا أفداه المرتهن فقـد تبرع كـالأجنبي ، فأمـا إذا كان الراهن غائبًـا تعذر مـخاطبتـة ، والمرتهن يحتـاج إلى إصلاح المضمون) ش: وهو تطهير الرهن عند الجناية م: (ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة) ش: لأن الفداء للمرتهن لا يجزئ لكونه غائباً م: (فلا يكون متبرعاً) .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وإذا مات الراهن بـاع وصية الرهن وقـضى الدين ؛ لأن الوصي قائم مقامه . ولو تولى الموصي حياً) ش: أى حال كونه حياً م: (بنفسه كان له ولاية البيع بإذن المرتهن، فكذا الوصية) ش: أي البيع بإذن المرتهن وبلا إذنه لا يجوز ، لأنه ولاء للوصي .

م: (قال : وإن لم يكن له) ش: أي للراهن الميت م: (وصي نصيب القاضي له وصياً وامره ببيعه؛ لأن القـاضي نصب ناظراً لحـقـوق المسلمين إذا عـجزوا عـن النظر لأنفـسهم ، والنـظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليـه لغيره ويستوفي مـاله من غيره . قال : وإن كان على الميت دين فـرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمـائه لم يجز للآخرين) ش: أي ولبقية الغرماء م: (أن يردوه ؛ لأنـه) ش: أي لأن الولي م: (آثر) ش: أي اختار م: (بعض الغرماء بالإيفاء الحكمي) ش: يعني أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن .

وليس للوصي أن يخص بعض الغرماء بذلك ، كذا قال تاج الشريعة .

وقـال الحاكم الشـهيد في« الكافي» : لأن في الرهن معنى إيفـاء الدين من وجه على وجه طلب الحقيقة عند الهلاك ، والوصي لا يكون بحل من ايفاء حق بعض الغـرماء دون البـعض لتـعلق حـقـهم على السـواء في التـركـة ، إلا اذا قـضى ديونهم قـبل أن يردوه كـمـا في الإيفـاء الحقيقي .

فأشبه الإيثار بالايفاء الحقيقي . قال : فـإن قضى دينهم قبل أن يردوه جـاز ؛ لزوال المانع بوصول حقهم إليـهم . قال : ولو لم يكن للميت غريم آخر جـاز الرهن اعتباراً بالإيفاء الحقـيقي . قال : وبيع في دينه ؛ لأنه يبـاع فـيه قـبل الرهن فكذا بعـده . قال : وإذا ارتهـن الوصي بدين الميت على رجل جـاز ؛ لأنه استيفـاء وهو يملكه ، قـال -رضي الله عنه - : وفي رهن الوصي تفـصيـلات نذكرها في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى .

وهذا الشرح لكلام المصنف قوله : م: (**فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي**) ش: فلا يجوز .

م: (**قال : فإن قضى**) ش: أي الوصي م: (**دينهم**) ش: أي دين الغرماء م: (**قبل أن يردوه جاز لزوال المانع**) ش: وهو ايثارهم بالإيفاء الحكمي م: (**بوصول حقهم إليـهم . قال : ولو لم يكن للميت غريم آخر**) ش: غير الغرماء المذكورين م: (**جاز الرهن اعتباراً بالإيفاء الحقيقي . قال : وبيع في دينه ؛ لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده**) ش: لأنه لا مزاحم له .

م: (**قال : وإذا ارتهن الوصـي بدين للميت علي رجل جـاز ؛ لأنه استيـفاء**) ش: أي لأن ارتهـان الوصي من باب استيفاء الحقوق م: (**وهو يملـكه**) ش: أي الوصي يملك الاستيفـاء ، لأنه نصب لاستيفاء والحقوق وإيفائها .

م: (**قـال -رضي الـله عنه -**) ش: أي المصنف : م: (**في رهن الوصي تفـصيلات ، نذكـرها في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالي**) ش: قال الأترازي : هذه حوالة غير رائجة ، لأن رهن الوصي لم يذكره في كتاب الوصايا فضلاً عن تفصيلاته ، ثم طول الكلام فيه ، وملخصه : أن الورثة إذا كانوا كلهم كباراً حضوراً لايجوز ، وإن كانوا صغاراً وكباراً ان كان الكبار حضوراً ملك بدين على الميت في قـول أبي حنيفـة ، وعندهمـا : لا يصح وإن كـان بدين اسـتدانه عليـهم أو على الصغار : لم يصح في حق الكل بالإجماع ، سواء كان الكبار حضوراً أو غيباً . وإن كان بدين على الميت فلا يكون النظر واقعاً للميت ، بل يقع للوارث فلا يستقيم إثبات الولاية على غيره بتقدير النظر في حقه ، ولو كـان الرهن بدين استدانه في بقية الرقيق فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان الرهن بدين على الميت .

* * *

فصل

قال : ومن رهن عصيراً بعشرة قيمته عشرة فتخمر، ثم صار خلاً يساوي عشرة فهو رهن بعشرة، لأن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن ، إذ المحلية بالمالية فيهما ، والخمر وإن لم يكن محلاً للبيع ابتداء فهو محل له بقاء ، حتى أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض يبقى العقد ، إلا أنه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما إذا تعيب .

م: (فصل)

ش: أي هذا فصل في بيان المسائل المتفرقة التي تذكرها في أواخر الكتب .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد في« الجامع الصغير» : م: (**ومن رهن عصيراً بعشرة قيمته عشرة فتخمر**) ش: أي صار خمراً م: (**ثم صار خلاً يساوي عشرة فهو رهن بعشرة**) ش: لكن هذا إذا لم ينقض من مقداره بالتخمر ، والغالب النقصان ، فإذا انتقص سقط من الدين بقدره ، وإذا انتقص سعره لا مقدار هلا يسقط شيء من الدين ، ولكن الراهن يتخير ، كما إذا انكسر القلب إن شاء أفتكه ناقصاً بجميع الدين ، وإن شاء ضمنه قيمته ويكون قيمته رهنًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله-، وعند محمد : إن شاء أفتكه ناقصًا ، وإن شاء أفتكه بالدين، وإن لم ينقص قيمته لا يخير فيه ، فيبقى رهناً كما كان، لأنه لا ضرر في الجبر على الفكاك م: (**لأن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن ، إذ المحلية بالمالية فيهما**) ش: أي في البيع والرهن .

م: (**والخمر وإن لم يكن محلاً للبيع ابتداء فهو محل له بقاء ، حتى أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض يبقى العقد**) ش: أي لا ينقض م: (**إلا أنه**) ش: أي أن المشتري م: (**يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما إذا تعيب**) ش: المبيع قبل القبض .

والحاصل هنا : أن رهن العصير جائز لبيعه بلا خلاف ، فإذا تخمر وهما مسلمان يفسد الرهن بلا خلاف ، فإذا فسد الرهن فللمرتهن أن يخللها وليس للراهن أن يبيعه بالاسترداد، فإن خللها المرتهن أو صارت خلاً فقد عادت المالية ويعود حكم الرهن عندنا، وبه قال مالك .

وعند الشافعي وأحمد: لا يجوز بالتخليل ، ويعود بأن صارت خلاً بنفسه . ولو كانا كافرين يبقى الرهن بتخمره لبقاء ماليته عندهما . ولو كان الراهن مسلماً والمرتهن كافراً فتخمر يفسد الرهن . ولو كان الراهن كافراً والمرتهن مسلماً فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله ، وليس للمسلم أن يخللها لبقاء المالية في حق الراهن .

قال : ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهماً فهو رهن بدرهم ؛لأن الرهن يتقرر بالهلاك ، فإذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره ، بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها ، حيث لا يعود البيع ؛ لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود . أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه . ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول : يعود البيع . قال : ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف ؛ لأنه متولد من ملكه ، ويكون رهناً مع الأصل لأنه تبع له والرهن حق لازم فيسري إليه . قال : فإن هلك يهلك بغير شيء

م: (**قال : ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهماً فهو رهن بدرهم ؛ لأن الرهن يتقرر بالهلاك**) ش: لأن المرتهن يصير مستوفياً لهلاك وبالاستيفاء تأكد عقد الرهن . وقوله فهو رهن بدرهم معناه إن كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهماً . وأما إذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ، ويعرف ذلك بأن ينظر إلى قيمة الشاة حية ومسلوخة ، فإن كانت قيمتها حية عشرة ، وقيمتها مسلوخة تسعه كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهماً . وإن كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين .

م: (**فإذا حيي بعض المحل**) ش: بأن عادت المالية بالدباغ م: (**يعود حكمه بقدره**) ش: يعني يسقطه م: (**بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع ، لأن البيع ينتقض بالهلاك**) ش: أي بهلاك المبيع م: (**قبل القبض والمنتقض لا يعود . أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه**) ش: أشار به إلى قوله «لأن الرهن يتقرر بالهلاك» فيما مضى بسطرين . م: (**ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول : يعود البيع**) ش: كالرهن .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ونماء الرهن للراهن**) ش: أي الزيادة الحاصلة في الرهن للراهن وقد بين المصنف ذلك بقوله : م: (**وهو مثل الولد**) ش: أي بأن كان الراهن أمة فولدت ولداً م: (**والثمر**) ش: بأن كان الرهن شجراً فظهرت فيه ثمرة م: (**واللبن**) ش: بأن كان الرهن حيواناً من ذوات الألبان م: (**والصوف**) ش: بأن كان الرهن غنماً فنمى فيه صوف ، أو جملاً فنمى فيه وبر ونحو ذلك كله رهن مع الأصل م: (**لأنه متولد من ملكه**) ش: أي من ملك الراهن م: (**ويكون رهنًا مع الأصل ، لأنه**) ش: أي لأن المتولد م: (**تبع له ، والرهن حق لازم**) ش: يعني مستنفر في العين م: (**فيسري إليه**) ش: أي فيسري التبع إلى الأصل

م: (**قال: فإن هلك**) ش: أي النماء م: (**يهلك بغير شيء**) ش: والرهن على حاله بجميع الدين . وفي «المحيط» و«المبسوط» : الأصل عندنا أن كل ما يتولد من عين الرهن كالوالد والتمر يسري حكم الرهن إليهم . وكذا كل ما كان بدل جزء منه وما كان بدل المنفعة أو به لا يتولد منه

لأن الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل ؛ لأنها لم تدخل تحت العقد مقصوداً ، إذ اللفظ لا يتناولها .

كالعلة ، والكسب لا يسري حكم الرهن إليه ، وبقولنا قال الثوري . وقال أحمد المتولد منه وما حدث منه بسبب حادث كالغلة والكسب يدخل الكل ، وهو قول النخعي والشعبي .

وقال مالك : يدخل الولد خاصة دون غيره .

وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر : لا يدخل شيء في الرهن من النماء المنفصل ولا من الكسب لحق الجناية ، حتى قال الشافعي -رحمه الله- : لو رهنه ماشية مخاضًا فنتجت فالنتاج خارج من الرهن ، وخالف أبو ثور وابن المنذر .

فإن قلت احتجوا بقوله ﷺ « **لا يغلق الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه** »[1] والنماء غنم فيكون من الراهن . قلت قد ذكرنا تأويله فيما مضى ، لئن سلم فنقول به إن النماء ملكه ، لكن حق المرتهن متعلق به وله حبسه ، حتي يستوفي جميع حقه من الدين ولا سبيل للراهن عليه قبل ذلك ، ولهذا قالت الفقهاء الأوصاف القارة في الأمهات تسري إلي الأولاد والرهن من الأوصاف القارة في الأمهات ، فتسري إلى الأولاد .

ولا يلزم على هذا الأصل ولد المغصوبة وولد المشاجرة وولد المنكوحة وولد الموصى بها بالخدمة وولد الجانية وولد التي تثبت حق الزكاة بعد الحول . وكذا ولد التي كفلت حيث لا تسري هذه الأحكام إلى الولد ، لأن المراد من الأوصاف : الأوصافُ الزانية في الأم لكونها بقيعة وحرة وقنذ ومدبرة ومكاتبة ومرهونة لا الأوصاف التي تثبت في ذمتها كما في كفالة الحر ولا في ذمة مالك الأم كما في الزكاة وأن يكون الولد هنا لكان حكم ذلك الوصف كالمبيع والتحرير ، والكتابة والتدبير والرهن ، أما الولد لا يثبت فيه حكم الغصب عندنا ، وكذا لا يقبل حكم الإجارة ، لأن حكم المتاجر في المنفعة لا في العين، وكذا ولد المنكوحة لا يقبل للمحل في حق الزوج وكذا ولد الموصى بخدمتها لا يكون صالحًا للخدمة حتى ينفصل ، وكذا ولد الجناية والدفع به غير لازم .

م: (**لأن الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل ؛ لأنها لم تدخل تحت العقد مقصوداً**) ش: أي لفظ العقد م: (**إذ اللفظ لا يتناولها**) ش: أي الأتباع ، وذلك كولد المبيع فإنها تصير مبيعاً تبعاً ، فلا يكون له حصة في الثمن ، إلا إذا صار مقصوداً بالنص ، فكذا في الرهن إذا صار مقصوداً بالفكاك ، فلا يكون له حصة من الضمان قبله . كذا في «الإيضاح » : وغيره .

---

(١) صحيح : تقدم تخريجه .

قال: وإن هلك الأصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك ؛ لأن الرهن يصير مضموناً بالقبض ، والزيادة تصير مقصودة بالفكاك إذا بقي إلى وقته والتبع يقابله شيء إذا صار مقصوداً كولد المبيع ، فما أصاب الأصل يسقط من الدين ؛ لأنه يقابله الأصل مقصوداً ، وما أصاب النماء أفتكه الراهن لما ذكرنا ، وصور المسائل على هذا الأصل تخرج ، وقد ذكرنا بعضها في « كفاية المنتهي » ، وتمامه في «الجامع» و«الزيادات» .

م: (**قال : وإن هلك الأصل وبقي النماء أفتكه الراهن بحصته يقسم الدين علي قيمة الرهن يوم القبض وقيمه النماء يوم الفكاك ؛ لأن الرهن يصير مضموناً بالقبض ، والزيادة تصير مقصودة بالفكاك إذا بقي إلى وقته**) ش: أي وقت الفكاك م: (**التبع يقابله شيء إذا صار مقصوداً كولد المبيع**) ش: صورته : المبيعة إذا ولدت ولداً في يد البائع قبل التسليم إلي المشتري ثم قبضها المشتري يكون الولد مقصوداً بالقبض ، ويقسم الثمن على الأم ، والولد وفائدته لو هلكت الأم أو الولد قبل التسليم يسقط بحصته من الثمن .

م: (**فما أصاب الأصل يسقط من الدين لأنه يقابله الأصل مقصوداً ، وما أصاب النماء أفتكه الراهن**) ش: أي بما أصاب النماء م: (**لما ذكرنا**) ش: أشار به إلى قوله تصير مقصودة بالفكاك .

وقال الكرخي : ويقسم الدين على قيمة الرهن يوم وقع عليه العقد ، وعلى ما نما منه يوم يفتكه هذه حقيقة القسمة ، وما وقع من القسمة قبل ذلك فإنما هو على الظاهر إلى أن ينظر ما يؤول إليه قيمة النماء يوم الفكاك فإن كانت قيمته زائدة يوم الفكاك ، فصارت العين سعراً وبدين كان في الولد ثلث الدين وفي الأم ثلث ، فلو كانت لما ولدت الولد قيمته مثل قيمتها ، إن كانت أعورت بعد الولادة ، أو كانت اعورت قبلها ذهب من الدين بعورها ربعه مائتان وخمسون .

فإن مات الولد وقد اعورت الأم قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين ، فإن اعور الولد لم يذهب بعوره شيء ، فإن كانت الأم اعورت قبل الولادة أو بعدها أو قبل اعورار الولد أو بعده ذهب بعورها أيضاً ثلث الدين ، لأن قيمتها يوم العقد ألف وقيمة الولد يوم الفكاك وهو أعور خمسمائة وفيه ثلث الدين وفيها ثلث الدين ، فلما اعورت ذهب نصف ما فيها وهو ثلث الدين ويفتكها وولدها بثلث الدين .

م: (**وصور المسائل على هذا الأصل**) ش: يعني ما ذكرنا من قسمة الدين علي قيمتها يوم القبض والفكاك م: (**تخرج ، وقد ذكرنا بعضها في «كفاية المنتهي» ، وتمامه في «الجامع» و«الزيادات»**) ش: وفي ذلك كثرة وتطويل ، فأعرض عنها المصنف هاهنا . قال الأكمل : وتابعناه في ذلك .

قال : ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة ، وقال الراهن للمرتهن: احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر ؛ لأنها إطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر. قال : ولا يسقط بشيء من الدين ؛ لأنه أتلفه بإذن المالك . قال : فإن لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة . فما أصاب الشاة سقط ، وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن ؛ لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن ، والفعل حصل بتسليط من قبله، فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه فكان مضموناً عليه ، فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته ، وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن في أكله ، وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس . قال: وتجوز الزيادة في الرهن ،

قلت: نحن أيضًا تابعناه ، لأن المقصود من شرح هذا الكتاب حل ألفاظه وبيان صورة مسائله ، وليس المقصود أن يذكر فيه ما ذكره المتقدمون من المجمل والمفصل .

م: (**قال : ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة، وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك . أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر**) ش: أراد بالشرط قوله : فما حلبت فإن كلمة ما تضمنت معنى الشرط ، ولهذا دخلت الفاء في جرها ، كما في قوله تعالى ﴿وما بكم من نعمة فمن الله ﴾ (النحل الآية : ٥٣) م: (**لأنها**) ش: أي الإباحة م: (**إطلاق ، وليس بتمليك فتصح مع الخطر . قال : ولا يسقط بشيء من الدين ؛ لأنه أتلفه بإذن المالك**) ش: وفيه إشارة إلي أنه لو أتلفه بغير إذن ضمن ، وكانت القيمة رهناً مع الشاة . وكذلك لو فعل الراهن ذلك بدون إجازة المرتهن ، وبه قالت الأئمة الثلاثة إلا أحمد في رواية عنه: أنه لو حلبها بعرض فنقصه فإنه لا يحتسب عليه .

م: (**قال : فإن لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين علي قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة . فما أصاب الشاة سقط ، وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن ؛ لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن ، والفعل حصل بتسليط من قبله**) ش: أي من قبل الراهن م: (**فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه فكان مضموناً عليه ، فيكون له حصته من الدين ، فبقي بحصته**) ش: فإن كانت قيمة اللبن خمسة صار بإضافة ثلث الدين ، فيسقط ثلث الدين بهلاك الشاة ، ويؤدي ثلثه .

م: (**وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن في أكله ، وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس**) ش: يعني إن كان بإذن الراهن لا يضمن ، وإن كان بغير إذنه يضمن ، ولا يعلم فيه خلاف ، ويكون ضمانه رهنًا عندنا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وتجوز الزيادة في الرهن**) ش: صورته أن يرهن ثوباً بعشرة

ولا تجوز في الدين عند أبي حنيفة ومحمد- رحمهما الله- ، ولا يصير الرهن رهناً بها. وقال أبو يوسف- رحمه الله- : تجوز الزيادة في الدين أيضاً . وقال زفر والشافعي - رحمهما الله-لا تجوز فيهما . والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء ، وقد ذكرناه في البيوع . ولأبي يوسف - رحمه الله-في الخلافية الأخرى : أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع ، والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع . والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة

قيمته عشرة ، ثم زاد الراهن ثوبًا ليكون رهناً مع الأول بعشرة ، وبه قالت الأئمة الثلاثة م: (**ولا تجوز في الدين عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله -**) ش: ،وبه قال الشافعي في الجديد ، م: (**ولا يصير الرهن رهناً بها**) ش: أي بالدين .

م: (**وقال أبو يوسف -رحمه الله - : تجوز الزيادة في الدين أيضًا**) ش: بأن رهن عبداً بألف ثم حدث للراهن دين آخر بالشراء والاستقراض ، فيجعلان العبد رهناً بالدين القديم ، الحادث ، وبه قال مالك والشافعي -رحمهما الله - في القديم ، واختاره المزني .وعن بعض اصحابه: أن للشافعي قولين كالقديم .

م: (**وقال زفر والشافعي -رحمهما الله -: لا تجوز فيهما**) ش: أي زيادة الرهن في الرهن وزيادة الدين في الدين م: (**والخلاف معها**) ش: أي مع زفر والشافعي -رحمهما الله -م: (**في الرهن والثمن والمثمن**) ش: أما الخلاف في الرهن ، أي في الزيادة في الدين فيه الخلاف أيضًا م: (**والمهر والمنكوحة سواء**) ش: قوله سواء خبر ، أعني قوله: « والخلاف بينهما »، أي وفي المهر والمنكوحة الخلاف أيضاً، صورة زيادة المنكوحة: رجل زوج أمته من رجل بمهر مقدر، ثم زوجه أمة أخرى بذلك المهر وقبل الزوج يصح ، ويقسم الألف عليهما عندنا .وقال الكاكي : ولو قال المولى : «زوجتك أمة أخرى بتلك الألف» لا يجوز ، كذا وجد بخط العلامة حافظ الدين .

وفي «النهاية » : في «الأسرار» ما يدل علي جوازه . وقال الأكمل عن حميد الدين الضرير: أنه قال يجوز أن يكون مرادهم من قولهم : «لا يحوز الزيادة في المنكوحة» أن يقول المولى رددت لك أمة أخرى بذلك المهر . أما لو قال: « زوجتك هذه الأمة الأخرى بذلك المهر» لزم أن يصح م: (**وقد ذكرناه في البيوع**) ش: أي في الفصل الذي ذكره في المرابحة والتولية .

م: (**ولأبي يوسف -رحمه الله -في الخلافية الأخرى**) ش: أي مسألة الزيادة في الدين م: (**أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع ، والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما**) ش: أي في الدين والرهن . م: (**كما في البيع**) ش: أي كما تجوز الزيادة في الثمن والمبيع في البيع م: (**والجامع بينهما**) ش: أي بين الرهن والبيع في الزيادة فيهما م: (**الالتحاق بأصل العقد للحاجة**) ش: فيهما إلى مال

والإمكان . ولهما وهو القياس : أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن ، وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين ، وهو غير مانع من صحة الرهن ، ألا ترى أنه لو رهن عبداً بخمسمائة من الدين جاز وإن كان الدين ألفاً ، وهذا شيوع في الدين ، والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين ؛ لأنه غير معقود عليه ، ولا معقود به ، بل وجوبه سابق على الرهن . وكذا يبقى بعد انفساخه ، والالتحاق بأصل العقد في بدلي العقد ، بخلاف البيع ؛ لأن الثمن بدل يجب بالعقد ، ثم إذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض ، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت ، حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة ، وقيمة الأول يوم

آخر فيأخذه من المرتهن فيجعلانه رهنًا م: (**والامكان**) ش: أي والإمكان في الإلحاق بأصل العقد، لأن العقد بعد الإلحاق مغير إلى أصل مشروع بأن يصير قيمة الرهن مثل الدين أو اقل ، فإنه مشروع في الابتداء ، فكذا إذا تغير في الانتهاء .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - م: (**وهو القياس**) ش: أي وقولهما القياس: م: (**أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن ، وهو غير مشروع عندنا ، والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين ، وهو غير مانع من صحة الرهن ، ألا ترى أنه لو رهن عبداً بخمسمائة من الدين**) ش: الذي هو ألف جاز ، ولو رهن ثوباً بعشرين ، نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح ، وهنا شيوع في الدين م: (**جاز**) .

م: (**وإن كان الدين ألفاً وهذا شيوع في الدين ، والالتحاق بأصل العقد**) ش: هذا إفساد للجامع الذي ذكره أبو يوسف ، بيانه: أن الالتحاق بأصل العقد م: (**غير ممكن في طرف الدين ؛ لأنه**) ش: أي لأن الدين م: (**غير معقود عليه ولا معقود به ، بل وجوبه**) ش: أي وجوب الدين م: (**سابق على الرهن . وكذا يبقى بعد انفساخه**) ش: أي الرهن م: (**والالتحاق بأصل العقد في بدلي العقد**) ش: هذا جواب عن قول أبي يوسف -رحمه الله - ، يعني أن الالتحاق بأصل العقد إنما يكون فيها هو المعقود عليه كالبيع ، أو معقود به كالثمرة ، ولهذا جازت الزيادات في الرهن إلحاقاً بأصل العقد، لأنه معقود عليه ،والدين غير معقود ، وعليه عقد الرهن . ولهذا لا يسقط بفسخ الرهن، ولهذا لم يجز الزيادات في الدين .

م: (**بخلاف البيع ؛ لأن الثمن بدل يجب بالعقد ، ثم إذا صحت الزيادة في الرهن ، وتسمى هذه زيادة قصدية**) ش: أي بخلاف نماء الرهن ، فإنه ليس بزيادة قصدية ، بل قيمته ، فلهذا اختلفا حكماً ، وقوله م: (**يقسم الدين**) ش: جواب، أما قوله : «وتسمى هذه زيادة قصدية» معترضة بينهما ، أي يقسم الدين م: (**على قيمة الأول**) ش: وفي بعض النسخ على قيمة الأصل م: (**يوم**

القبض ألفاً والدين ألفاً ، يقسم الدين أثلاثاً في الزيادة ثلث الدين . وفي الأصل ثلثا الدين اعتباراً بقيمتهما في وقتي الاعتبار ، وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض ، فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض . وإذا ولدت المرهونة ولداً ثم أن الراهن زاد مع الولد عبداً وقيمة كل واحد ألف ، فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه ، وعلى العبد الزيادة ، لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم . ولو كانت الزيادة مع الأم يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد ، وعلى قيمة الزيادة يوم القبض ، فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها ؛، لأن الزيادة دخلت على الأم . قال : فإن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف ، ثم أعطاه عبداً آخر قيمته ألف رهناً مكان الأول فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن في الآخر أمين حتي يجعله مكان الأول لأن الأول إنما دخل في ضمانه بالقبض والدين ، وهما باقيان فلا

القبض ، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت ، حتي لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة ، وقيمة الأول يوم القبض ألفًا والدين ألفًا ، يقسم الدين أثلاثاً في الزيادة ثلث الدين وفي الأصل ثلثا الدين اعتباراً بقيمتهما في وقتي الاعتبار) ش: وهما وقت القبض .

م: (وهذا) ش: توضيح لما قبله م: (لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض ، فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض) ش: ثم ذكر على سبيل التفريع . قوله م: (وإذا ولدت المرهونة ولداً ثم أن الراهن زاد مع الولد عبداً وقيمة كل واحد ألف ، فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه ، وعلى العبد الزيادة ؛ لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم . ولو كانت الزيادة مع الأم) ش: بأن قال : رهنتك هذا العبد مع الأم م: (يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد ، وعلى قيمة الزيادة يوم القبض ، فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها ، لأن الزيادة دخلت على الأم) ش: قال الكرخي : ولم يزد الغلام مع الأم وزاده مع ولده هذه زيادة في الولد نماء في عتق الولد من الرهن ، ثم زاد الولد حتي صار يساوي ألفين كان هو والغلام رهناً بثلثي الألف . فإن مات الولد صار الغلام رهناً بغير شيء ورده على الراهن .

ولو ماتت الأم وبقي ولدها وقيمته ألف مثل قيمة الأم فإن الأم تذهب بمائتين وخمسين ، وبذلك لأن الدين انقسم فيها ، وفي الزيادة نصفين فأصابها خمسمائة فانقسمت فيها وفي ولدها نصفين . ولو زادت قيمة الأم ثم يعتبر ما في الزيادة ولم ينقص ذلك ولم يزد .

م: (قال) ش: أي قال محمد -رحمه الله -في « الجامع الصغير» م: (فإن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف ، ثم أعطاه عبداً آخر قيمته ألف رهنًا مكان الأول فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن في الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول ؛ لأن الأول إنما دخل في ضمانه بالقبض والدين ، وهما باقيان فلا

يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ما دام الدين باقياً ، وإذا بقي الأول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه ؛ لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما ، فإذا رد الأول دخل الثاني في ضمانه ، ثم قيل : يشترط تجديد القبض ؛ لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة ، ويد الرهن يد استيفاء وضمان ، فلا ينوب عنه ، كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفًا ظنها جياداً ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد وأخذها ، فإن الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض ، وقيل : لا يشترط ؛ لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل . وقبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة ، ولأن الرهن عينه أمانة ، والقبض يرد على العين فينوب قبض الأمانة عن قبض العين ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانًا خلافاً لزفر ؛ لأن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود . ولم يبق الدين بالإبراء أو الهبة ولا جهة

يخرج عن الضمان ، إلا بنقض القبض) ش: وهذا احتراز عن الإبراء علي ما يجيء ، فإن الإبراء يرتفع الضمان ، وإن لم ينقض القبض بالرد إلي الراهن م: (ما دام الدين باقيًا ، وإذا بقي الأول في ضمانه لايدخل الثاني في ضمانه ؛ لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما ، فإذا رد الأول دخل الثاني في ضمانه) .

م: (ثم قيل : يشترط تجديد القبض ؛ لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة ، ويد الرهن يد استيفاء وضمان ، فلا ينوب عنه ، كمن له علي آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جياداً ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد وأخذها ، فإن الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض ، وقيل : لا يشترط) ش: أي تجديد القبض م: (لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل) ش: أي في صدر الكتاب م: (وقبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة ، ولأن الرهن عينه أمانة ، والقبض يرد على العين) أي قصدًا ، وعلى المالية ضمنًا م: (فينوب قبض الأمانة عن قبض العين) .

وقوله : م: (ولو أبرأ المرتهن الراهن) ش: إلى آخر كتاب الرهن ، ذكرت على سبيل التفريع م: (عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانًا خلافاً لزفر) ش: هو القياس ؛ لأن الضمان في باب الرهن إنما يجب باعتبار القبض وهو قائم ، فكان بعد الإبراء وقبله سواء ، ولهذا كان مضمونًا بعد الاستيفاء . وإن لم يبق الدين بعد قوله : م: (لأن الرهن مضمون بالدين) ش: دليل اصحابنا وبه قالت الأئمة الثلاثة ، بيانه أنه لما كان مضمونًا بالدين فات بالإبراء .

م: (أو بجهته) ش: دليل آخر ، أي أو الرهن مضمون بحصة الدين م: (عند توهم الوجود كما في الدين الموعود) ش: أي عند وجود الدين ، كما إذا قبض الرهن ليفرضه فهلك قبل الإقراض هلك مضمونًا م: (ولم يبق الدين بالإبراء أو الهبة) ش: أي بسببها م: (ولا جهة) ش: أي في جهة

لسقوطه ، إلا إذا أحدث منعاً ، لأنه يصير به غاصباً إذ لم يبق له ولاية المنع . وكذا إذا ارتهنت المرأة رهناً بالصداق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول ، أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئًا لسقوط الدين كما في الإبراء . ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى إلى ما استوفى منه ، وهو من عليه أو المتطوع ، بخلاف الإبراء ووجه الفرق : أن بالإبراء يسقط الدين أصلاً كما ذكرنا ، وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب ، إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة ؛ لأنه يعقب مطالبة مثله ، فأما هو في نفسه فقائم ، فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثاني .

الدين م: (لسقوطه) ش: أي لسقوط الدين ، قيد به لأن الدين بالاستيفاء ينتهي ولا يسقط كما يجيء .

م: (إلا إذا أحدث) ش: جواب عما يقال سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان ، فانه إذا طالبه الراهن ومنع المرتهن بعد الإبراء فإنه يضمن وقد سقط الدين ، وبيان الجواب بقوله إلا إذا أحدث م: (منعًا ؛ لأنه يصير به غاصبًا إذ لم يبق ولاية المنع ، وكذا) ش: أي الحكم م: (إذا ارتهنت المرأة رهنًا بالصداق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول ، أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله) ش: أي في هذا المذكور كله م: (ولم تضمن) ش: أي المرأة م: (شيئًا لسقوط الدين كما في الإبراء) ش: أي كما لا تضمن في الإبراء .

م: (ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ، ويجب عليه) ش: أي على المرتهن م: (رد ما استوفى إلى ما استوفى منه ، وهو من عليه أو المتطوع) ش: وقال زفر - رحمه الله - والأئمة الثلاثة : لا يجب عليه ذلك ، ، لأن الرهن بعد الاستيفاء أمانة في يده م: (بخلاف الإبراء) ش: يعني في صورة الإبراء يهلك بغير شيء .

م: (ووجه الفرق) ش: أي بين هلاك الرهن بعد استيفاء الدين حيث يهلك بالدين ، وبين هلاكه بعد الإبراء حيث يهلك بغير شيء : م: (أن بالإبراء يسقط الدين أصلاً كما ذكرنا ، وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب) ش: للضمان ، وهو قبض الرهن م: (إلا أنه) ش: أي غير أنه م: (يتعذر الاستيفاء) ش: أي الاستيفاء المرتهن م: (لعدم الفائدة) ش: لأنه لما استوفى ثانيًا يطالبه الراهن بمثله ، وهو معنى قوله : م: (لأنه يعقب مطالبة مثله ، فأما هو) ش: يعني تعدد الاستيفاء م: (في نفسه فقائم ، فإذا هلك) ش: يعني الرهن م: (يتقرر الاستيفاء الأول) ش: وهو الاستيفاء الحكمي ، فأما هو ، أي الدين باستيفاء حكم الاستيفاء إلى وقت قبض الرهن ، م: (فانتقض الاستيفاء الثاني) ش: وهو الاستيفاء الحقيقي لئلا يتكرر الاستيفاء .

وكذا إذا اشترى بالدين عيناً أو صالح عنه على عين لأنه استيفاء . وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ، ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء ؛ لأنه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه ، أو ما يرجع عليه به إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين ؛ لأنه بمنزلة الوكيل . وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية ، بخلاف الإبراء ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب .

م: (**وكذا إذا اشترى بالدين عينًا أو صالح عنه على عين**) ش: هذا معطوف على قوله ولو استوفى المرتهن الدين ، إلى قوله ويجب عليه رد ما استوفى ، يعني إذا اشترى المرتهن بالدين عينًا من الراهن سقط الدين عن المرتهن بطريق المقاصة ، ويجب على المرتهن رد الرهن على الراهن ، فلو هلك قبل أن يرده يجب عليه رد قيمته ، وكذا إذا صالح المرتهن مع الراهن عن الدين على عين يجب عليه رد الرهن إن كان قائمًا وقيمته إن هلك بعد الصلح؛ م: (**لأنه**) ش: أي لأن الصلح عن الدين على العين م: (**استيفاء**) ش: للدين .

م: (**وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ، ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين ؛ لأنه في معنى البراءة**) ش: أي لأن الحوالة على تأويل عقد الحوالة ، وإنما قال في معنى الإبراء إشارة إلى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه ، فكان ينبغي أن يكون معنى الإبراء فيهلك أمانة .

ووجه ذلك : ما أشار إليه أن الحوالة وإن كانت إبراء لكنها م: (**بطريق الأداء**) ش: دون الإسقاط م: (**لأنه يزول به**) ش: أي بعقد الحوالة م: (**عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه**) ش: أي أو يزول ما يرجع ، أي المحتال م: (**به إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين**) ش: أي على المحيل في المال م: (**لأنه**) ش: أي لأن المحتال عليه م: (**بمنزلة الوكيل**) ش: بقضاء الدين عن المحيل .

م: (**وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه**) ش: يعني بعد التصادق على عدمه بجواز أن يتذاكرا ، ووجوبه بعد التصادق على انتفائه م: (**فتكون الجهة باقية**) ش: وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب م: (**بخلاف الإبراء ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب**) ش: هذا راجع إلى قوله ولو استوفى في ذلك ، لأنه من ثمة إلى ها هنا بعوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء ، والأولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية .

وقال الأترازي : قوله : بخلاف الإبراء يتصل بقوله : يهلك بالدين ، يعني أن المرتهن إذا

أبرأ الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يده هلك بغير شيء .

فروع : اختلفا في قيمة الرهن بعد الهلاك فالقول للمرتهن ، وبه قالت الأئمة الثلاثة في صورة ضمان الرهن أن يفدي المرتهن في الرهن . ولو اختلفا في قدر الدين بأن يقول الراهن رهن بألف ، ويقول المرتهن بألفين فالقول للراهن ، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور والنخعي والثوري والبستي - رحمهم الله .

وقال مالك - رحمه الله - : القول للراهن ما لم يجاوز الثمن الرهن أو قيمته ، وبه قال الحسن وقتادة . ولو اختلفا في قدر الرهن بأن يقول المرتهن الرهن بهذان العبدان ، وقال الراهن أحدهما بعينه فالقول للراهن ، ولا نعلم فيه خلافًا .

وكذلك لو اختلفا في رد الرهن فالقول للمرتهن بلا خلاف ، لأنه ينكر ، والقول له مع اليمين . ولو أعتق الراهن المرهون وادعى أنه أعتقه بإذن المرتهن ، والراهن ينكر ، فالقول للمرتهن ولو قال الراهن رهن بالدين المؤجل وقال المرتهن بل للحال فالقول للراهن ، كما لو أنكر أصل الدين . ولو كان لأحدهما بينة حكم بها بلا خلاف في جميع هذه المسائل .

* * *

كتاب الجنايات

قال : القتل على خمسة أوجة عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، وما أجري مجرى الخطأ ، والقتل بسبب . والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام .

م: (**كتاب الجنايات**)

ش: أي هذا كتاب بيان أحكام الجنايات ، وهي جمع جناية ، وهي لغة : اسم لما يجنيه من شر أي يكسبه ، تسميته بالمصدر إذ هي في الأصل مصدر جنى عليه شراً ، وأصله من جني الثمر وهو أخذه من الشجر ، وهو عام ، إلا أنه خص بما يحرم من الفعل شرعًا سواء جنى بنفس ، أو بمال .

ويراد بإطلاق اسم الجناية عند الفقهاء ، فعل حل في النفس أو الطرف . وقال شيخ الإسلام الجناية على النفس يسمى قتلاً . وفيما دون النفس قطعًا وجرحًا .

والقتل فعل مضاف إلى العباد بحيث يزول به الحياة ، وزوال الحياة بدون قتل العباد يسمى موتًا . وسببها سبب الحدود ، وشرطها كون المحل حيوانًا ولما كان ملاك الولاية الدينية والدنيوية والرياسة الإحسان أتى إلى العدل والسياسة .

فإن بالإحسان يستعبد الإنسان وترفع التباغض والعدوان . وبالسياسة تزجر السفهاء عن الطغيان ، وبالعدل يستقيم الملك وتعمر البلدان .

كان شرع أحكام الجنايات من معظم معاقد الأمور ، فأتبعها المصنف -رحمه الله- بالعبادات والمعاملات وأخرجها لأنها ترجع إلى العارض . فأوردها عقيب الرهن إذ كل واحد للوقاية والصيانة ، فإن الرهن وثيقة لصيانة المال عن الهلاك . فكذا حكم الجناية مشروعة لصيانة المكلف عن الهلاك .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**القتل على خمسة أوجه : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، وما أجري مجرى الخطأ ، والقتل بسبب**) ش: إلى هنا لفظ القدوري ، وقال المصنف : م: (**والمراد**) ش: أي مراد القدوري م: (**بيان قتل تتعلق به الأحكام**) ش: قيد به لأن أنواع القتل أكثر من خمسة : وقد ذكر في «مبسوط شيخ الإسلام » : أنواع القتل أكثرمن خمسة ، من رجم وقصاص ، وقتل حربي ، وقتل لقطع الطريق ، وقتل المرتد . فعلم أن المراد به القتل الموجب للضمان وهو خمسة ، وفي الأصل : القتل على ثلاثة أوجه : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ .

ونقل الطحاوي والكرخي في «مختصريهما» هذه العبارة . وقال صاحب «النافع» : القتل

قال : فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح كالمحدود من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله ، وهو استعمال الآلة القاتلة ، فكان متعمداً فيه عند ذلك .

على أربعة أوجه : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، والقتل بسبب .

قيل : وجه الانحصار : أن القتل لا يخلو إما أن يكون بسلاح أو بغيره . فإن صدر بسلاح فلا يخلو إما أن يكون به قصد القتل أو لا ، فالأول عمد ، والثاني خطأ . وإن صدر بغير سلاح ، فإما إن كان معه قصد التأديب أو الضرب أم لا ، فإن كان فهو شبيه العمد وإلا فلا يخلو إما أن يكون جاريًا مجرى الخطأ أو لا فإن كان فهو ، وإن لم يكن فهو القتل بالسبب، وقيل : وجه الحصر الاستقراء التام ، ونسب هذا إلى أبي بكر الرازي - رحمه الله .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح**) ش: يعني في تفريق الأجزاء م: (**كالمحدود من الخشب وليطة القصب**) ش: الليطة بكسر اللام قشر القصب م: (**والمروة المحددة**) ش: وهي القطعة من الحجر الصوان ، يكون لها أطراف تقطع ما أصابته .

م: (**والنار**) ش: التي هي أسرع للهلاك ، وفي «المغني» : الحدة ليست بشرط إذا كانت الآلة من الحديد ، فقال : العمد ، أن يتعمد الإنسان في قتل من لا يحل قتله بالحديد سواء كان سلاحًا نحو السيف ، والسكين، والرمح أو لم يكن سلاحًا كالإبرة والأشفار، سواء كان له حد ينصع أو لا ، كالعمود وصنجة الميزان ، وسواء كان الغالب منه الهلاك أو لم يكن ، هذا كله على رواية الأصل . وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة -رحمه الله - : لو قتله بصنجة عمود أو حديد لا حد له فهو ليس بعمد محض ، فلا يجب القصاص ، بل هو خطأ وعمد .

وفي« فتاوى قاضي خان » - رحمه الله - : في ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس والصفر ، والرصاص ، والذهب والفضة ، والإبريز لا يشتط الجرح لوجوب القصاص .

وفي« المبسوط » عن أبي حنيفة -رحمه الله - : قتله بعمود أو صنجة حديد لا حد له فليس بعمد عنده ،بل هو خطأ وعمد عندهما ، إن كان الغالب منه الهلاك ، فعمد محض وإلا فخطأ عمد . م: (**لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله**) ش: أي بدليل العمد م: (**وهو**) ش: أي دليله م: (**استعمال الآلة القاتلة فكان متعمداً فيه**) ش: أي في عمده باستعمال الآلة القاتلة .

م: (**عند ذلك**) ش: أي عند وجود العمد باستعمال الآلة القاتلة ، لأن القاتلة إرقاق للحياة ،

وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم ﴾ الآية ، وقد نطق به غير واحد من السنة ،

وهو غير محسوس . فيكون القصد إلى إرقاق الحياة بالضرب بالسلاح الذي هو خارج عامل في الظاهر والباطن جميعًا م: (**وموجب ذلك**) ش: أي مقتضى العمد الموصوف بتلك الأوصاف م: (**المأثم**) ش: أي حصول الإثم العظيم . وروي عنه ﷺ : «**لزوال الدنيا أهون عند الله من قتل امرئ مسلم** » هذا حديث ذكره غالب الشراح . ولم يذكروا من رواه ، ولا من أخرجه .

قلت : هذا أخرجه الترمذي والنسائي - رحمهما الله - من حديث عبد الله بن عمر - رضي الله تعالى عنهما - أن النبيّ ﷺ قال : « **لزوال الدنيا...** »[1] الحديث .

م: (**لقوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنًا متعمدًا فجزاؤه جهنم ﴾ الآية**) ش: (النساء : الآية ٩٣) ويكفي هذه الآية موعظة في قتل النفس بغير حق م: (**وقد نطق به غير واحد من السنة**) ش: أي السنة فيه أكثر من أن يحصى ، وأظهر من أن يخفى منها ما رواه الترمذي - رحمه الله - عن أبي الحكم، عن أبي سعيد الخدري ، وأبي هريرة - رضي الله تعالى عنهما - ، يذكران عن النبي ﷺ قال : « **لو أن أهل السماء وأهل الأرض اشتركوا في دم مؤمن لأكبهم الله في النار** » .

ومنها : ما رواه البخاري - رحمه الله - عن ابن عمر - رضي الله تعالى عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ : « **لا يزال المؤمن في فسحة من دينه ما لم يصب دمًا حرامًا** » .

ومنها : ما رواه النسائي عن أبي إدريس الخولاني عائذ الله ، عن معاوية : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « **كل ذنب عسى الله أن يغفره إلا الرجل يموت كافرًا ، أو الرجل يقتل مؤمنًا متعمدًا**»[2] .

ومنها : ما رواه ابن ماجة من حديث سعيد بن المسيب - رحمه الله - عن أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه - قال : قال رسول الله ﷺ « **من أعان على قتل مؤمن بشطر كلمة لقي الله تعالى مكتوب بين عينيه آيس من رحمة الله عز وجل** » . والأحاديث في هذا الباب كثيرة جداً[3] .

---

(١) رواه النسائي [٣٧٢٢] ، الترمذي [١٤٢٧] من طريق ابن أبي عدي عن شعبة عن يعلى بن عطاء عن أبيه عن عبد الله بن عمرو مرفوعًا . أخرجه الترمذي عن محمد بن جعفر ، حدثنا شعبة عن يعلى بن عطاء عن أبيه عن عبد الله بن عمرو، ونحوه ولم يرفعه ، ثم قال : وهكذا رواه ابن أبي عدي عن شعبة عن يعلى بن عطاء عن أبيه عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ . وروى محمد بن جعفروغير واحد عن شعبة عن يعلى بن عطاء فلم يرفعه، وهكذا روى سفيان الثوري عن يعلى بن عطاء ، وهذا أصح من الحديث المرفوع . اهـ .

(٢) رواه النسائي [٣٧١٩] في المحاربة ، وإسناده صحيح .

(٣) ضعيف جدًا . قاله الألباني ، ابن ماجة [٢٦٢٠ / ٥٧١] الديات ، باب : تغليظ قتل المؤمن .

وعليه انعقد إجماع الأمة . قال : والقود لقوله تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ . (البقرة : الآية ١٧٨) إلا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه الصلاة والسلام : «العمد قود»

م: (**وعليه انعقد إجماع الأمة**) ش: أي وعلى التحريم إجماع أمة النبي ﷺ على الوجه المذكور.

م: (**قال والقود**) ش: عطف على قوله المأثم أي وموجبة أيضًا وجوب القود أي القصاص .

م: (**لقوله تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ (البقرة : الآية ١٧٨)**) ش: وما كتب على عباده فهو فرض . م: (**إلا أنه تقيد بوصف العمدية**) ش: يعني أن الآية بظاهرها لم تفرق بين العمد والخطأ ، إلا أنه ، أي غير أن القتل تقيد بوصف العمدية . م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام)** ش: أي لقول النبي ﷺ: م: (« **العمد قود** »[٢]) ش: هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة في «مسنده » من حديث طاوس ، عن ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ : «**العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول** » .

ورواه أبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - أيضًا طويلاً، وفيه : « من قتل عمدًا فهو قود » . والحديث مشهور زيد به على الكتاب ، فما بقي الكتاب على إطلاقه فصار كالمجمل ، فيجوز عندنا أن يكون الحديث بيانًا له وإن كان خبرًا واحدًا كما في بيان قدر مسح الرأس . وفسر المصنف - رحمه الله - قوله ﷺ: « **العمد قود** » بقوله : م: (**أي موجبة**) ش: أي موجب العمد أي الذي يقتضيه قود . أي قصاص لأن غير العمد ليس بقصاص .

قلت : وعلته : يزيد بن أبي زياد الكوفي ، ضعيف ، كبر فتغير ، صار يتلقن ، وكان شيعيًا ، راجع ترجمته في «التقريب» (٢/ ٣٦٥) .

(٢) مرسل من حديث ابن عباس ، صحيح من حديث أبي هريرة .رواه أبو داود [٤٥٩١] ، النسائي [٤٤٥٧] ، ابن ماجة [٢٦٣٥] من طريق سليمان بن كثير عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس . . . مرفوعًا .
ومن طريق سليمان أخرجه الدارقطني (٣/ ٩٤) وأخرجه كذلك عن بكر بن مضر عن إسماعيل بن مسلم عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس ، وأخرجه كذلك من طريق يزيد بن هارون عن إسماعيل بن مسلم عن عمرو بن دينار عن ابن عباس ، وأخرجه عن بكر بن مضر عن عمرو بن الحارث عن عمرو بن دينار حدثني طاوس عن أبي هريرة . . مرفوعًا ، وإسماعيل بن مسلم وسليمان بن كثير ضعيفان ، وقد خالفهما ابن جريج فرواه عن عمرو بن دينار عن طاوس . . . مرسلاً . وابن جريج قد صرح بالسماع من عمرو ، وهو أجل وأحفظ بكثير من هذان الضعيفان ، وإسناد حديث أبي هريرة لا مغمز فيه ، والله أعلم .

أي موجبة ، ولأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليهما تتوفر ، والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك . قال : إلا أن يعفوا الأولياء أو يصالحوا لأن الحق لهم ، ثم هو واجب علينا ، وليس للولي أخذ الدية إلا برضا القاتل ، وهو أحد قولي الشافعي -رحمه الله- إلا أن له حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل ؛ لأنه تعين مدفعاً للهلاك فيجوز بدون رضاه .

م: (**ولأن الجناية بها**) ش: أي بالعمدية م: (**تتكامل**) ش: ليجب القصاص لأن قتل الخطأ ليس بجناية محضة . م: (**وحكمة الزجر**) ش: مبتدأ م: (**عليهما**) ش: أي على الجناية ، م: (**تتوفر**) ش: خبر مبتدأ من توفر على الشيء إذا ادعى حرماته ووفر عليه حقه توفيراً ، واستوفره إذا استوفاه كاملاً ، وحاصل المعنى : أن العمدية تحصل بالجناية الكاملة ، كل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل ، لأن حكمة الزجر المنع عن الإقدام على الجنايات ، لمراعاة حرمتها لا للمجاراة المحضة إذ الدنيا ليست بدار الجزاء ودار الجزاء هي الآخرة .

م: (**والعقوبة المتناهية لا شرع لها**) ش: هذه حجة أخرى ، وأراد بالعقوبة المتناهية القصاص . قوله م: (**دون ذلك**) ش: أي دون قيد العمدية ، وقال تاج الشريعة - رحمه الله- : العقوبة المتناهية إزالة حياة لا تشرع بدون تكامل الجناية .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**إلا أن يعفوا الأولياء**) ش: هذا لفظ القدوري - رحمه الله - وقوله م: (**أو يصالحوا**) ش: لفظ المصنف - رحمه الله - يعني إذا عفا الأولياء عن القصاص أو يصالحوا على مال فيسقط القصاص م: (**لأن الحق لهم**) ش: أي للأولياء . م: (**ثم هو**) ش: أي القصاص م: (**واجب علينا**) ش: أي من حيث التعين من الشارع . ونتيجته تظهر من قوله : م: (**وليس للولي أخذ الدية إلا برضا القاتل**) ش: لأن حقه القصاص بتعيين الشارع ، وليس هو المخير بين أخذ الدية والقصاص .

م: (**وهو أحد قولي الشافعي - رحمه الله -**) ش: وبه قال مالك - رحمه الله - في رواية . وهو قول إبراهيم النخعي ، وسفيان الثوري ، والحسن بن حي ، وابن شبرمة -رحمهم الله .

م: (**إلا أن له**) ش: أي للولي م: (**حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل ؛ لأنه**) ش: أي المال م: (**تعين مدفعًا للهلاك**) ش: وصيانة النفس عن الهلاك فرض بقدر الإمكان .

وقال تاج الشريعة : قوله : من غير مرضاة القاتل م: (**فيجوز بدون رضاه**) ش: أي يجوز بغير رضاه لأنه ملكه ما يجيء به نفسه ، فيلزم هذا التمليك شاء القاتل أو أبى ، كمن أصابته مخمصة ، فبذل له إنسان طعامًا بثمن المثل ، يلزمه هذا التمليك . وهذا لأن إحياء النفس فرض على الإنسان ما أمكن .

وفي قول : الواجب أحدهما لا بعينه ، ويتعين باختياره ؛ لأن حق العبد شرع جابراً وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ، ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة ، ولأن المال لا يصلح موجباً لعدم المماثلة ، والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الأحياء زجراً وجبراً فيتعين ،

م: (**وفي قول**) ش: أي للشافعي - رحمه الله - : م: (**الواجب أحدهما**) ش: أي إما القصاص أو أخذ المال م: (**لا بعينه**) ش: يعني من غير تعيين م: (**ويتعين**) ش: أي أحدهما م: (**باختياره**) ش: أي باختيار القاتل .

م: (**لأن حق العبد شرع جابراً**) ش: يعني النظر للولي تشرعه لا يبقى الضمان الأصلي ولم يمكن الجمع بينهما .

م: (**وفي كل واحد**) ش: من القصاص وأخذ المال م: (**نوع جبر فيتخير**) ش: . وقال مالك - رحمه الله - في رواية ، وأبوثور وإسحاق ومحمد بن سيرين وسعيد بن المسيب والأوزاعي وأبو سليمان وجمهور أصحاب الحديث - رحمهم الله - واحتجوا بقوله ﷺ : « **من قتل قتيلاً فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا العقل- أي الدية** » وهذا تنصيص على أن كل واحد منهما يوجب القتل .

قال الكاكي - رحمه الله - : هذا الحديث رواه شريح والكعبي .

قلت : الجواب عنه أنه خبر واحد فلا يعارض الكتاب ، والسنة المشهورة . وأيضًا هو محمول على الرضاء . وللشافعي - رحمه الله - قول آخر ذكره تاج الشريعة حيث قال : في المسألة ثلاثة أقاويل ، يعني للشافعي : في قول : الواجب هو القصاص إلا أن يعفو الولي ، وفي قول : الواجب أحدهما والتعيين إلى الولي ، وفي قول : بالعكس.

م: (**ولنا ما تلونا من الكتاب**) ش: وهو قوله تعالى : ﴿ **كتب عليكم القصاص في القتلى** ﴾ ، ﴿**ولكم في القصاص حياة** ﴾ .

م: (**وروينا من السنة**) ش: وهو قوله عليه السلام : « **العمد قود** » .

م: (**ولأن المال**) ش: دليل عقلي وبيانه : أن المال م: (**لا يصلح موجبًا**) ش: في القتل العمد .
م: (**لعدم المماثلة**) ش: أي لعدم المماثلة بين المال والآدمي ، لأن المال مملوك مبتذل ، والآدمي مالك يتبذل فأنى يتماثلان .

م: (**والقصاص يصلح للتماثل**) ش: لأنه لغة روح بإزاء روح مثله . م: (**وفيه**) ش: أي وفي القصاص م: (**مصلحة الأحياء زجرًا**) ش: للغير عن وقوعه فيه ، م: (**وجبرًا**) ش: للورثة ، م: (**فيتعين**) ش: أي القصاص .

وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار ، ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال ، فلا يتعين مدفعاً للهلاك ، ولا كفارة فيه عندنا ، وعند الشافعي -رحمه الله- : تجب لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها إليه في الخطأ ، فكان أدعى إلى إيجابها . ولنا : أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة ، فلا تناط بمثلها ،

م: (**وفي الخطأ**) ش: هذا جواب عما يقال كيف يصلح موجبًا في الخطأ ، والفائت فيه مثل الفائت في العمد ؟

وتقرير الجواب أن : م: (**وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار**) ش: .

والآدمي مكرم لا يجوز إهدار دمه وأنه لما لم يكن الاقتصاص فيه هدر الدم لو لم يجب المال م: (**ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال**) ش: هذا جواب عن قوله : م: (**فلا يتعين مدفعًا للهلاك**) ش: تقريره أنه متعين بعدم قصد الولي القتل بعد أخذ المال ، لأنه يجوز أن يأخذ المال ، ثم تهيجه الضغينة وتحركه العداوة على ارتكاب قتله ، وإن لم يكن له ذلك شرعًا ، فإذا كان كذلك فلا يتعين مدفعًا للهلاك .

فإن قيل : هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحًا ، وقد جاز ؟

أجيب : بأن في الصلح المراضاة ، والقتل بعده ظاهر العدم .

م: (**ولا كفارة فيه**) ش: أي في القتل العمد سواء كان عمدًا يجب فيه القصاص ، أو لا يجب كالأب إذا قتل ابنه عمدًا ، ومسلم قتل من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا عمدًا .

م: (**عندنا**) ش: ، وبه قال مالك وأحمد في المشهور عنه ، وبه قال الثوري وأبو ثور وابن المنذر م: (**وعند الشافعي - رحمه الله - تجب**) ش: . وبه قال أحمد - رحمه الله - في رواية . ولا خلاف في وجوب الكفارة في الخطأ . إلا ما حكي عن مالك أنه قال : لا تجب الكفارة في القتل العمد أو الكفارة خطأ . وللشافعي وجهان في سقوط الكفارة عن القاتل إذا قتل قصاصًا ، والأصح أنه لا يسقط ويؤدي من تركته .

م: (**لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها إليه**) ش: أي إلى التكفير م: (**في الخطأ**) ش: لأنها لستر الذنب ، والذنب في العمد أعظم . م: (**فكان أدعى إلى إيجابها**) ش: أي فكان الذنب أدعى إلى إيجاب الكفارة م: (**ولنا : أنه**) ش: أي القتل أو العمد م: (**كبيرة محضة**) ش: أي ليس فيه جهة الإباحة . م: (**وفي الكفارة معنى العبادة**) ش: يعني دائرة بين العبادة والعقوبة فلا بد أن يكون سببها دائر بين الحظر والإباحة كما في الغموس . م: (**فلا تناط**) ش: أي الكفارة م: (**بمثلها**) ش: أي بمثل الكبيرة المحضة .

ولأن الكفارة من المقادير، وتعينها في الشرع لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى، ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ميراث لقاتل». قال: وشبه العمد عند أبي حنيفة- رحمه الله -: أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح

م: (**ولأن الكفارة**) ش: جواب عن قياس الشافعي - رحمه الله - يعني إلحاقه العمد بالخطأ. تقديره أن الكفارة م: (**من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى**) ش: وهو القصاص، فلا يمكن إلحاق العمد بالخطأ، لأنه لا مدخل للرأي في تقدير العقوبات والجناية.

فإن قلت: يشكل بكفارة قتل صيد الحرم، فإنه كبيرة محضة، ومع هذا يجب فيه الكفارة؟

قلت: هو جناية على المحل، ولهذا لو اشترك حلالان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحدًا. ولو كان جناية الفعل، لوجب جزاء. والجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطأ.

م: (**ومن حكمه**) ش: أي حكم القتل العمد م: (**حرمان الميراث لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**لا ميراث لقاتل**) ش: . هذا أخرجه ابن ماجة، من حديث عمر - رضي الله تعالى عنه- مطولاً، وفيه: سمعت رسول الله ﷺ يقول: « **ليس لقاتل ميراث** »[1].

ورواه مالك في «الموطأ»، وعن مالك رواه الشافعي في «مسنده»، وعبد الرزاق في «مصنفه»[2]، وأخرجه الترمذي من حديث أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: « **القاتل لا يرث** ». وقال الترمذي - رحمه الله -: هذا حديث لا يصح لا نعرفه إلا من هذا الوجه. وفيه إسحاق عن عبد الله بن أبي فروة تركه بعض أهل العلم، منهم أحمد بن حنبل - رضي الله عنه.

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله -: م: (**وشبه العمد عند أبي حنيفة - رحمه الله -: أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح**) ش: سواء كان الدلالة به غالبًا كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصار أو لم يكن كالعصا الصغيرة.

---

(١) رواه الترمذي [٢٢٠٧]، ابن ماجة [٢٦٤٥]، الدارقطني [٢/ ٤٦٥] من طريق إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة . . . مرفوعًا، وقال الترمذي: هذا حديث لا يصح، لا نعرفه من هذا الوجه، وإسحاق بن عبد الله بن أبي فروة تركه بعض أهل العلم؛ منهم أحمد بن حنبل. اهـ
قلت: بل تركه الزهري نفسه والبخاري وكذبه الدوري وابن خداش وتركه أبو حاتم وأبو زرعه والدارقطني، فهو تالف في الحديث، ولكن الحديث ثابت من طرق أخر عن ابن عمرو وعمر وابن عباس.
راجع «نصب الراية» (٦/ ٣٢٠: ٣٢١) طبعة دار الحديث.

(٢) «الموطأ» باب ميراث العقل والتغليظ فيه(صـ٣٣٩)، والشافعي في« المسند » في كتاب الديات والقصاص(صـ٣٤٥) عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن طاوس . . . مرسلاً.

وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي -رحمهم الله- : إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة ، فهو عمد ، وشبه العمد : أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالباً ؛ لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالباً لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه ، فكان شبه العمد ، ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث ؛ لأنه لا يقصد به إلا القتل كالسيف ، فكان عمداً موجباً للقود

وفي « المبسوط » سمي به هذا الفعل الذي لا يوجب القود ويشبه العمد أي خطأ يشبه العمد لما فيه من معنى العمد بالنظر إلى قصد الفاعل إلى الضرب . ومعنى الخطأ باعتبار انعدام قصد القتل وبالنظر إلى الآلة التي استعملها هي آلة الضرب للتأديب دون القتل والعاقل إنما يقصد إلى كل فعل بآلته ، فكان ذلك خطأ يشبه العمد بلا خلاف .

وعن مالك - رحمه الله - في رواية إن قصد القتل يجب القود ، والخلاف في تفسير شبه العمد . وفي «الأوضح » : شبه العمد عند أبي حنيفة - رحمه الله - : أن يتعمده بكل آلة لم توضع للقتل .

م: (**وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي -رحمهم الله-: إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد ، وشبه العمد : أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبًا ؛ لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبًا لما أنه يقصد بها غيره**) ش: أي غير القتل م: (**كالتأديب ونحوه**) ش: كالتحريق م: (**فكان شبه العمد ، ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث ؛ لأنه لا يقصد به إلا القتل كالسيف ، فكان عمداً موجبًا للقود**) ش: أي القصاص .

وقال صاحب «المجتبى» : يشترط عند أبي حنيفة - رحمه الله - أن يقصد التأديب دون الإتلاف ، وعندهما : إن كان متعمداً بما كان الإتلاف غالبًا فعمد محض .

وعند الشافعي ومالك وأحمد : بكل آلة لا تصلح للقتل ، فلو ضربه بسوط صغير ، سوطًا أو سوطين فمات فهو شبه العمد عند الكل ، ولو والى في الضربات إلى أن مات . فإن كان جملة ما والى بحيث يقتل مثله غالبًا ، فهو عمد محض عندهما . وبه قالت الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - ، وقال بعضهم هو شبه العمد على قولهما ، كقول أبي حنيفة - رحمه الله - ولو خيفة فمات ، فهو شبه عمد لا قصاص فيه ، إلا أن يكون معروفًا بذلك .

وعند الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - : يجب القود . وقال بعضهم : شبه العمد عند أبي حنيفة - رحمه الله - أن يتعمده بكل آلة لم توضع للقتل . وعندهما : بكل آلة لا تقتل غالبًا . وقد ذكرنا هذا .

وله قوله عليه الصلاة والسلام : « ألا إن قتيل خطأ العمد ، قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل » ، ولأن الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه إذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله ، وبه يحصل القتل غالباً ، فقصرت العمدية نظراً إلى الآلة

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله -: م: (**قوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي قول النبي ﷺ م: (**ألا أن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل**) ش: . هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال : « **ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالعصا مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها** » [1] .

وروي أيضًا عن عبد الله بن عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنهما - ، أخرجه الثلاثة المذكورون عنه : أن رسول الله ﷺ خطب يوم الفتح بمكة ، الحديث . وفيه : « **ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط أو العصا مائة من الإبل ، منها أربعون في بطونها أولادها** » [2] .

ورواه أحمد والشافعي وإسحاق في «مسانيدهم» . ورواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في «مصنفيهما» والتمسك به أنه ﷺ لم يقصد بين الصغير والكبير ، وعليهما عملاً بالإطلاق .

وقال تاج الشريعة - رحمه الله-: في إعراب حديث الباب أى «قتله» بالنصب على البدل. وخبر إن «فيه مائة من الإبل» . وروي بالرفع فيكون هو خبر المبتدأ . ويكون قوله : « فيه مائة» كلامًا مستأنفًا .

م: (**ولأن الآلة**) ش: سواء كانت كبيرة أو صغيرة م: (**غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه ، إذ لا يمكن استعمالها**) ش: أي في القتل لأنه لا يمكن استعمال هذه الآلة م: (**على غرة**) ش: بكسر الغين المعجمة ، وتشديد الراء على غفلة . م: (**من المقصود قتله ، وبه**) ش: أي وبالاستعمال على غرة م: (**يحصل القتل غالبًا ، فقصرت العمدية نظرًا إلى الآلة**) ش: . يعني القصد إلى القتل أمر باطن لا يوقف الأمر عليه ، فأقام الشرع الضرب بآلة وضعت للقتل مقام القصد إلى القتل ، وأقام الضرب بآلة وضعت للتأديب مقام عدم القصد ، فسقط اعتبار حقيقة القصد ، واعتبر السبب القائم مقامه . كذا في « مبسوط شيخ الإسلام » .

---

(١) حسن :وفيه عقبة بن أوس وهو صدوق .

(٢) ضعيف : رواه أبو داود [٤٥٨٨] ، والنسائي [٤٤٦٦] ،وابن ماجه [٢٦٢٨] .
عن علي بن زيد بن جدعان عن القاسم بن ربيعة عن ابن عمر . . . مرفوعًا .
وعلي بن زيد بن جدعان: ضعيف .

فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة . قال وموجب ذلك على القولين الإثم لأنه قتل وهو قاصـد في الضرب والكفارة لشبـهه بالخطأ والدية مغلظـة على العاقلة والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتـداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعـتباراً بالخطأ ، وتجب في ثلاث سنين لقضيـة عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- وتجب مغلظة، وسنبين صفـة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى . ويتعلق به حرمان الميراث لأنه جزاء القتل ، والشبهة تؤثر في سقوط القصاص

م: (**فكان شبـه العمد كـالقتل بالسوط والعـصا الصغـيرة**) ش: لأن تتقاصر الآلة بتقاصر معنى العمدية . فيكون شبه العمد م: (**قال وموجب ذلك**) ش: أي موجب شبه العمد م: (**على القولين**) ش: أي على قول أبي حنيفة – رحمه الله – وقولهما : م: (**الإثم لأنه قتل وهو قـاصد في الضرب**) ش: . قتل على صيغة فعل الماضي ، والواو في وهو للحال .

م: (**والكفارة**) ش: بالرفع عطفًا على قوله : «الإثم» . أي وموجبه أيضًا وجوب الكفارة م: (**لشبهه بالخطأ**) ش: أي بالنظر إلى الآلة . وبه قالت الأئمة الثلاثة .

وفي «الإيضاح» : وجدت في كتب أصحابنا أن لا كفارة في شبه العـمد عند أبي حنيفة – رحمه الله – لأن الإثم كامل متناه . وتناهيه يمنع شرع الكفارة لأن ذلك من باب التخفيف .

وفي« الكافي » : والصحيح أنها تجب عنده . ذكره الطحاوي والجصاص .

م: (**والدية**) ش: بالرفع أيضًا . أي وموجب ذلك أيضًا وجوب الدية حال كونها م: (**مغلظة**) ش: أي دية مغلظة وسيجيء تفسيرها إن شاء الله تعالى م: (**على العاقلة والأصل**) ش: أي في هذا الباب م: (**أن كل دية وجبت بالقـتل ابتداء**) ش: يعني كل دية يوجبها القتل من الابتداء م: (**لا بمعنى يحدث من بعد**) ش: احترز به بما يصالحوا فيه على الدية ، وعن قتل الوالد ولده عمدًا وعن إقرار القاتل بالقتل خطأ ، وقد كان قتله عمدًا . فإن في هذه الصور تجب الدية على القاتل في ماله .

وقوله : «من بعد» بضم الدال لأنه لما بعد من الكسر بالإضافة بني على الضم . وقوله م: (**فهي على العاقلة**) ش: خبر أن . وسيجيء تفسير العاقلة في باب مستقبل م: (**اعتبارًا بالخطأ**) ش: أي قياسًا عليه . م: (**وتجب في ثلاث سنين لقضـية عمر بن الخطـاب – رضي الله عنه – وتجب مغلظة**) ش: أي الدية حال كونها مغلظة . م: (**وسنبين صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى**) ش: في كتاب الديات .

م: (**ويتعلق به**) ش: أي شبه العمد م: (**حرمان الميراث لأنه جزاء القـتل ، والشبهة تؤثر**) ش: أي لأن حرمان الميراث م: (**في سقوط القصاص**) ش: كان ينبغي أن يؤثر أيضًا في حرمان الميراث .

دون حرمان الميراث ، ومالك- رحمه الله-وإن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه . قال : والخطأ على نوعين : خطأ في القصد ، وهو أن يرمي شخصاً يظنه صيداً فإذا هو آدمي ، أو يظنه حربيًا فإذا هو مسلم . وخطأ في الفعل ، وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً . وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ (النساء : الآية٩٢) ، وهي على عاقلته في ثلاث سنين لما بيناه . قال : ولا إثم فيه يعني في الوجهين ، قالوا: المراد إثم القتل ،

وتقرير الجواب : أن شبه العمد تؤثر في سقوط القصاص للشبهة م: **(دون حرمان الميراث)** ش: لأن الحرمان جزاء القتل بالنص وهو قوله عليه السلام : « **لا ميراث للقاتل** » .

م: **(ومالك - رحمه الله - وإن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه)** ش: وفي «المبسوط»: وكان مالك - رحمه الله - يقول : لا أدري ما شبه العمد وأن القتل عمد وخطأ . وقال المصنف - رحمه الله - : فالحجة عليه ، أي على مالك - رحمه الله - ما أسلفناه .

وقال الأكمل - رحمه الله - : قيل : أراد به قوله عليه السلام : « **ألا إن قتيل العمد قتيل السوط والعصا** » ، ولكن المعهود من المصنف - رحمه الله - في مثله أن يقول ما روينا والحق أن يقال إنما قال أسلفنا نظرًا إلى الحديث والمعنى المنقول .

قلت : كان الأوجه أن يقول : لما ذكرنا على ما لا يخفى .

م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: **(والخطأ على نوعين : خطأ في القصد ، وهو أن يرمي شخصًا يظنه صيدًا فإذا هو آدمي ، أو يظنه حربيًا فإذا هو مسلم)** ش: قوله : «يظنه» جملة حالية . والفاء في «فإذا» في الموضعين للمفاجآت .

م: **(وخطأ في الفعل ، وهو أن يرمي غرضًا)** ش: بفتح الغين المعجمة والراء ، وبالضاد المعجمة وهو الهدف . م: **(فيصيب آدميًا. وموجب ذلك)** ش: أي ما يقتضيه الخطأ بنوعيه م: **(الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى : ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ (النساء : الآية ٩٢)) وهي على عاقلته في ثلاث سنين لما بيناه)** ش: أراد به قوله : ويجب في ثلاث سنين بقضية عمر - رضي الله تعالى عنه .

م: **(قال : ولا إثم فيه)** ش: من كلام القدوري - رحمه الله - ، وقال المصنف - رحمه الله- : م: **(يعني في الوجهين)** ش: يعني عدم وجوب الإثم في الوجهين المذكورين لقوله عليه السلام : « **رفع عن أمتي الخطأ والنسيان** » .

م: **(قالوا)** ش: أي المشايخ م: **(المراد إثم القتل)** ش: أي إثم قصد القتل ، بحذف المضاف لأن

فأما في نفسه فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم من الميراث لأن فيه إثمًا فيصح تعليق الحرمان به ، بخلاف ما إذا تعمد الضرب موضعاً من جسده فأخطأ فأصاب موضعاً آخر فمات حيث يجب القصاص ؛ لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه ، وجميع البدن كالمحل والواحد . وقال : وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله ، فحكمه حكم الخطأ في الشرع . وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه إذا تلف فيه آدمي ، الدية على العاقلة لأنه سبب التلف ، وهو متعد فيه فأنزل موقعاً دافعاً فوجبت الدية . ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث . وقال الشافعي - رحمه الله-:

إثم القتل غير منفي وهو معنى قوله : م: (**فأما في نفسه فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي ، إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى**) ش: الإثم لأنه لم يباشر الرخصة بطريق السلامة والمباح مفيد بهذا كالمرور في الطريق ، وإذا كان فيه نوع إثم يستقيم تعليق حرمان الميراث به ، وهو معنى قوله: م: (**ويحرم من الميراث لأن فيه إثمًا فيصح تعليق الحرمان به**) ش: أي بالقتل الخطأ بنوعيه .

م: (**بخلاف ما إذا تعمد الضرب**) ش: هذا متصل بقوله ويوجب ذلك الكفارة والدية ، وصورة ذلك أن يتعمد الرجل أن يضرب م: (**موضعًا**) ش: بأن قصد ضرب يده م: (**من جسده فأخطأ فأصاب موضعًا آخر**) ش: بأن أصاب عنقه م: (**فمات حيث يجب القصاص ، لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه ، وجميع البدن كالمحل الواحد**) ش: حتى إذا أصاب عنق غيره فهو خطأ .

م: (**قال :**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**وما أجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله ، فحكمه حكم الخطأ في الشرع**) ش: لكنه دون الخطأ حقيقة ، فإنه ليس من أهل القصد أصلاً ، وإنما وجبت الكفارة لتحرك التحرز عن نومه ، في موضع يتوهم أن يصير قاتلاً ، والكفارة في قتل الخطأ إنما تجب لترك التحرك أيضًا . وإنما جعل محرومًا عن الميراث لجواز أن يكون تقاوم ولم يكن قائمًا حقيقة . وهذا معتبر في حق الحرمان .

وفي الأوضح : لو وقع من سطح على إنسان فقتله ، أو كان على دابة فأوطأت إنسانًا فمات ، أو كان في يده لبنة أو خشبة فسقط على إنسان فقتله ، فهذا مثل النائم ينقلب لكونه قتلاً معصومًا فأجري مجرى الخطأ .

م: (**وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه إذا تلف فيه آدمي ، الدية على العاقلة لأنه سبب التلف ؛ وهو متعد فيه فأنزل موقعًا**) ش: يعني في البئر م: (**دافعًا**) ش: يعني في الحجر م: (**فوجبت الدية ، ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث . وقال الشافعي - رحمه الله -:**

يلحق بالخطأ في أحكامه لأن الشرع أنزله قاتلاً . ولنا : أن القتل معدوم منه حقيقة فألحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل ، وهو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه ، لا يأثم بالموت على ما قالوا ، وهذه كفارة ذنب القتل ، وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها ؛ لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة ، وما دونها لا يختص إتلافه بآلة دون آلة ، والله أعلم .

يلحق بالخطأ في أحكامه) ش: أي في أحكام الخطأ . فيجب الكفارة ويحرم عن الميراث . وبه قال مالك - رحمه الله - وأحمد - رحمه الله - ؛ م: (**لأن الشرع أنزله قاتلاً**) ش: يعني في الضمان فكان كالمباشرة فعندهم المسبب كالمباشر .

م: (**ولنا : أن القتل معدوم منه حقيقة**) ش: لأنه ليس بمباشر للقتل حقيقة لأن مباشرة القتل إأيصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد م: (**فألحق به**) ش: أي بالمباشر م: (**في حق الضمان**) ش: صيانة للدم عن الهدر على خلاف الأصل م: (**فبقي في حق غيره**) ش: وهو حق الكفارة وحرمان الميراث .

م: (**على الأصل**) ش: وهو عدم القتل ، وهو إن كان يأثم ، هذا جواب عما يقال : الحافر في غير ملكه يأثم . وما فيه إثم من الفعل يصح تعليق الحرمان به ، كما ذكرتم في الخطأ .

وتقرير الجواب : هو أنه م: (**وهو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه ، لا يأثم بالموت على ما قالوا**) ش: أي المشائخ م: (**وهذه كفارة**) ش: أي الكفارة التي ينازعها فيها كفارة م: (**ذنب القتل**) ش: هنا ولا كفارة . م: (**وكذا الحرمان**) ش: عن الميراث م: (**بسببه**) ش: أي بسبب القتل ولا قتل هنا فلا حرمان .

م: (**وما يكون شبه العمد في النفس فهو عمد فيما سواها**) ش: يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ م: (**لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة**) ش: فإن إتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح وما يجري مجراه م: (**وما دونها**) ش: أي ما دون النفس م: (**لا يختص إتلافه بآلة دون آلة ، والله أعلم**) ش: ألا ترى أن فقء العين كما يقصد بالسكين ، يقصد بالسوط والعصا الصغيرة .

***

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال : القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيـد إذا قتل عمداً أما العمدية فلما بيناه . وأما حقن الدم على التأبيد فلتنتفي شبهة الإباحة وتتحقق المساواة .

م: (باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

ش: أي هذا باب في بيان ما يوجب القصاص ، وفي بيان ما لا يوجب القصاص . ولما فرغ من بيان أقسام القتل وكان من جملتها العمد : وهو قد يوجب القصاص ، وقد لا يوجبه ، احتاج إلى التفصيل ذلك في باب على حدة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله - : م: (**القصاص واجب بقتل كل محقون الدم**) ش: من حقن دمه : إذا منعه أن يسفك من وجه دخل علي التأبيد احترز به عن المستأمن ، ولا يشكل بقتل الأب ابنه ، فإنه قتل مسلم لمسلم محقون الدم ، مع أنه لا يجب القصاص لأن ذلك من العوارض فلا يدخل تحت القواعد والكلام في الأصول .

م: (**على التأبيد إذا قتل عمداً**) ش: قيد به لأنه إذا قتل خطأ لا يجب القصاص .

م: (**أما العمدية فلما بيناه**) ش: في أوائل كتاب الجنايات من قوله عليه السلام : «**العمد قود**» ، وأن الجناية شامل بها .

م: (**وأما حقن الدم على التأبيد**) ش: احترز به عن المستأمن ، لأن فيه شبهة الإباحة ، والعود إلى دار الحرب أشار إليه بقوله م: (**فلتنتفي شبهة الإباحة وتتحقق المساواة**) ش: بين القاتل والمقتول .

وقال الأكمل - رحمه الله - : وفيه بحث من أوجه :

الأول : أن العفو مندوب إليه وذلك ينافي وصف القصاص بالوجوب .

الثاني : أن حقن الدم على التأبيد غير متصور لأنه انتهى ما يتصور منه أن يكون المسلم في دار الإسلام، وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله .

الثالث : أنها منقوضة بمسلم قتل ابنه المسلم، فإنها موجودة فيه ولا قصاص .

الرابع : أن قيد التأبيد لثبوت المساواة ، وإذا قتل المستأمن مسلمًا وجب القصاص ولا مساواة بينهما .

والجواب عن الأول : أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء . ولا منافاة بينه وبين العفو .

وعن الثاني : أن المراد بالحقن على التأبيد ، ما هو بحسب الأصل والارتداد عارض لا يعتبر به ، ورجوع الحزبي إلى داره أصل لا عارض .

قال : ويقتل الحر بالحر ، والحر بالعبد للعمومات . وقال الشافعي - رحمه الله -: لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى : ﴿ الحر بالحر والعبد بالعبد ﴾ . ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد، ولأن مبنى القصاص على المساواة

وعن الثالث : بأن القصاص ثابت ، ولكنه انقلب ما لا شبهة الأبوة .

وعن الرابع : بأن التفاوت إلى نقصان غير مانع من الاستيفاء بخلاف العكس .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ويقتل الحر بالحر، والحر بالعبد للعمومات**) ش: يريد به قوله : ﴿ **كتب عليكم القصاص في القتلى** ﴾ ، وقوله : ﴿ **ومن قتل مظلومًا فقد جعلنا لوليه سلطانًا** ﴾ ، وقوله : ﴿ **وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس** ﴾ وقوله ﷺ : « **العمد قود** »[1] .

وقال الكاكي - رحمه الله - : والحر بالعبد ، وكذا بالأمة . ولكن لا يقتل بعبد نفسه عندنا .

وقال النخعي وداود : يقتل بعبد نفسه أيضًا . لما روى الحسن - رحمه الله - عن سمرة - رضي الله عنه - أنه ﷺ قال : « **من قتل عبده قتلناه ، ومن جدعه جدعناه** »[2] .

قلنا : الحسن ما سمع : « **من قتل** » من سمرة - رضي الله عنه - ، ولئن صح كان محمولاً على الزجر دون إرادة الإيقاع . وقيل : هذا منسوخ بدليل سقوط القصاص بين الحر والعبد بالإجماع .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يقتل الحر بالعبد**) ش: وبه قال مالك - رحمه الله- ، وأحمد : بل يضمن قيمته .

م: (**لقوله تعالى : ﴿ الحر بالحر والعبد بالعبد ﴾ ، ومن ضرورة هذه المقابلة**) ش: وهي مقابلة : الحر بالحر ، والعبد بالعبد م: (**أن لا يقتل الحر بعبد ، ولأن مبنى القصاص على المساواة**) ش: بين القاتل

---

(١) صحيح :تقدم تخريجه .

(٢) ضعيف : رواه أبو داود في « الديات »[٤٥١٥] ، والترمذي في « الديات »[١٤١٤] من طريق قتادة عن الحسن عن سمرة ، وفي سماع الحسن من سمرة خلاف معروف وهو مدلس وقد عنعن ، وقتادة عنعن أيضًا وهو مدلس .

وقال الترمذي : وقد ذهب بعض أهل العلم من التابعين منهم : إبراهيم النخعي إلى هذا وقال بعض أهل العلم منهم الحسن البصري وعطاء بن أبي رباح : ليس بين الحر والعبد قصاص في النفس ولا فيما دون النفس، وهو قول أحمد وإسحاق ، وقال بعضهم : إذا قتل عبده لا يقتل به ، وإذا قتل عبد غيره قتل به ، وهو قول سفيان الثوري وأهل الكوفة . اهـ .

وهي منتفية بين المالك والمملوك ، ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد ؛ لأنهما يستويان ، وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان . ولنا : أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة ، وهي بالدين أو بالدار ويستويان فيهما ، وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة . والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه .

والمقتول م: (**وهي**) ش: أي المساواة م: (**منتفية بين المالك والمملوك ، ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه**) ش: أي بطرف العبد م: (**بخلاف العبد بالعبد ؛ لأنهما يستويان**) ش: في المملوكة .

م: (**وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان**) ش: أي لأن التفاوت بين العبد والحر تفاوت إلى نقصان ، فيجوز أن يستوفي بالكل دون عكسه كما في الطرف .

م: (**ولنا : أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة ، وهي**) ش: أي العصمة م: (**بالدين**) ش: يعني عند الشافعي - رحمه الله - م: (**أو بالدار**) ش: يعني عندنا ، م: (**ويستويان**) ش: أي الحر والعبد م: (**فيهما**) ش: أي في الدين والدار ، فيجري القصاص بينهما م: (**وجريان القصاص بين العبدين**) ش: هذا جواب عما يقال للرق أثر الكفر ، وحقيقة الكفر تورث شبهة الإباحة ، ولهذا لا يقتل المسلم بالكافر مطلقًا عند الشافعي - رحمه الله - ، فكذا أثره تورث شبهة الإباحة ، وتقدير الجواب أن يقال : لا يورث شبهة الإباحة ، وهو معنى قوله : وجريان القصاص بين العبدين .

م: (**يؤذن**) ش: أي يعلم بإيفاء شبهة الإباحة ، والدليل على ذلك : أنه لو كان كما قلتم لما جاز جريان القصاص بين العبدين ، ولهذا لا يجري بين المستأمنين .

م: (**بانتفاء شبهة الإباحة . والنص تخصيص بالذكر**) ش: هذا جواب عما استدل من المقابلة في الآية ، وجهه: أن النص الذي فيه المقابلة تخصيص بذكرها .

م: (**فلا ينفي ما عداه**) ش: أي ما عدا المنصوص ، كما في قوله : ﴿**والأنثى بالأنثى**﴾ فإنه لا ينفي الذكر بالأنثى ولا العكس بالإجماع .

وفائدة التخصيص : الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول ، ذلك أن ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - روى : أن قبيلتين من العرب تدعي إحداهما مقتلاً على الأخرى اقتتلتا ، فقالت مدعية الفضل : لا نرضا إلا بقتل الذكر منهم بالأنثى ، والحر منهم بقتل العبد منا . فأنزل الله تعالى هذه الآية ردًا عليهم .

ولم يذكر الجواب عن الأطراف ، وقد أجيب : بأن القصاص في الأطراف معتمد المساواة في الجزاء ، فإنه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء ، ولا مساواة بينهما في ذلك لأن الرق ثابت في أجزاء الجسم بخلاف النفوس ، فإن القصاص فيها يقعدها في العصمة ، وقد تساويا فيها .

قال : والمسلم بالذمي خلافًا للشافعي - رحمه الله - . له قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يقتل مؤمن بكافر » ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية . وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة . ولنا: ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام : «قتل مسلماً بذمي» .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**والمسلم بالذمي**) ش: أي بقتل المسلم بالذمي. وبه قال النخعي والشعبي - رحمهما الله - م: (**خلافًا للشافعي - رحمه الله -**) ش: ومالك -رحمه الله - ، وأحمد - رحمه الله - ، وأبي ثور ، والثوري ، والأوزاعي ، وزفر ، وأصحاب الظواهر - رحمهم الله - ، وهو قول عطاء والحسن البصري - رحمه الله .

وفي «المبسوط» : الخلاف فيما إذا كان القاتل حال القتل مسلمًا ، أما لو قتل ذمي ذميًا ثم أسلم القاتل يقتص بالإجماع .

وعن مالك - رحمه الله- : إذا قتل المسلم الذمي غيلة يقتل به ، لما روي : أن عثمان - رضي الله تعالى عنه - أمر به في هذه الصورة ، والغيلة : أن يخدع الرجل حتى يدخل بيته أو نحوه ، فيقتله أو يأخذ ماله إن كان معه .

م: (**له**) ش: أي للشافعي - رحمه الله - م: (**قوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي قول النبي ﷺ : م: («**لا يقتل مؤمن بكافر** ») ش: هذا الحديث رواه البخاري - رحمه الله - عن أبي جحيفة- رحمه الله - قال : سألت عليًا - رضي الله تعالى عنه - هل عندكم مما ليس في القرآن ؟ فقال : «**العقل وفكاك الأسير ، وأن لا يقتل مسلم بكافر** » .

وأخرجه أبو داود - رحمه الله - والنسائي - رحمه الله - مطولاً وفيه : « **ألا لا يقتل مؤمن بكافر** » . وروى أبو داود وابن ماجة أيضًا ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن النبي ﷺ قال : « **لا يقتل مؤمن بكافر** » .

م: (**ولأنه لا مساواة بينهما**) ش: أي بين المسلم والذمي م: (**وقت الجناية**) ش: قيد به لأن القاتل إذا كان ذميًا وقت القتل ثم أسلم ، فإنه يقتص منه بالإجماع ، وقد ذكرناه .

م: (**وكذا الكفر مبيح**) ش: لقوله تعالى : ﴿ **وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة** ﴾ أي فتنة الكفر . م: (**فيورث الشبهة**) ش: أي كون الكفر مبيحًا يورث الشبهة في عدم المساواة .

م: (**ولنا ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام : « قتل مسلمًا بذمي»**) ش: هذا روي مسندًا ومرسلاً ، أما المسند فأخرجه الدارقطني ، وفي« سننه »عن عمار بن مطر ، حدثنا إبراهيم بن محمد الأسلمي عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن بن السلماني ، عن ابن عمر - رضي الله تعالى عنهما - : أن رسول الله ﷺ قتل مسلمًا بمعاهد ، وقال : « **أنا أكرم من وفى ذمته**» .

وأما المرسل : فأخرجه من طريق عبد الرزاق ، عن الثوري عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن السلماني - رحمه الله - أن النبي ﷺ فذكره .

فإن قلت: قال الدارقطني : ابن السلماني ضعيف لا تقوم به حجة إذا وصل الحديث فكيف عما يرسله ؟ . وقال : عمار بن مطر الزهاوي يقلب الأسانيد ، ويسرق الأحاديث حتى كثر ذلك في رواياته فسقط من حد الاحتجاج به؟

قلت: ابن السلماني وثقه ابن حبان وذكره في «الثقات» . وهو رجل معروف من التابعين ، فإذا كان كذلك يكون حديثه صحيحًا ، والمرسل حجة عندنا ، ومالك وأحمد وأكثر العلماء حتى قال محمد بن جرير الطبري : أجمع التابعون على قبول المرسل ، ولم يزل الأمر كذلك إلى رأس المائتين فحدث رد المرسل حتى قيل رد المرسل بدعة .

وقال ابن عبد البر : من رد المرسل فقد رد أكثر السنن . ولنا : ما رواه الشافعي -رحمه الله- في «مسنده» أيضًا : أخبرنا محمد بن الحسن الشيباني - رحمه الله - : أنا قيس بن الربيع الأسدي ، عن أبان بن ثعلب ، عن الحسين بن ميمون ، عن عبد الله بن عبد الله مولى بني هاشم ، عن أبي الجنوب الأسدي - رحمه الله- قال : أتي علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه - برجل من المسلمين قتل رجلاً من أهل الذمة قال : فقامت عليه البينة فأمر بقتله ، فجاء أخوه فقال : قد عفوت ، فقال : لعلهم فزعوك أو هددوك ؟ ، قال : لا ، ولكن قتله لا يرد علي أخي وعوضوني ، فقال : أنت أعرف من كان له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا .

وذكر صاحب «التنقيح » أن حسين بن ميمون هو الخندقي ، قال ابن المديني : ليس بمعروف قلَّ من روى عنه . وقال ابن حبان -رحمه الله - : ليس بالقوي في الحديث ، يكتب حديثه .

وذكره البخاري في «الضعفاء» . قلت : ذكره ابن حبان في «الثقات »، قال : وربما يخطئ .

م: (**ولأن المساواة**) ش: أي بين المسلم والذمي م: (**في العصمة ثابتة نظرًا إلى التكليف أو الدار**) ش: يعني عندنا ، فإن كان كذلك يثبت العصمة ، حاصله : أنه يستحق البقاء لإقامة التكاليف ، ولا يمكن من إقامتها إلا بأن تكون محرم الفرض مرفوع أسباب الهلاك .

م: (**والمبيح كفر المحارب**) ش: هذا جواب عن قول الشافعي - رحمه الله - : وكذا الكفر مبيح ، وتقريره أنا لا نسلم أن مطلق الكفر بل المبيح كفر المحاربة . قال الله تعالى : ﴿**قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله**﴾ إلى قوله : ﴿**حتى يعطوا الجزية**﴾ .

دون المسالم ، والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة . والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده ، والعطف للمغايرة .

م: (**دون المسالم**) ش: أي دون كفر المسلم لأنه يعقد الكفر الذمة صار من أهل دارنا ، فلم يبق كفره مبيحًا . ولهذا كفر المرأة لا يبيح القتل ، لأن كفرها غير ثابت على الحرب لأنها بنفسها غير صالحة له ، والعصمة بالدار تؤثر في النفس والمال جميعًا حتى يجب القطع بسرقة مال الذمي ، وحقن دمه أيضًا لعقد الذمة .

م: (**والقتل بمثله**) ش: هذا دفع لقول الشافعي - رحمه الله - : « فيورث الشبهة» ، بيانه : أن القتل بمثله ، أي قتل الذمي بالذمي م: (**يؤذن بانتفاء الشبهة**) ش: يعني بأن كفر الذي لا يورث الشبهة إذا ورد لما جرى القصاص بينهما كما لا يجري بين الحربيين .

فإن قيل : يورث الشبهة إذا قتله مسلم؟ .

قلنا : يكون قبل قتله المسلم معصومًا كالمسلم فيجب القصاص .

م: (**والمراد بما روى**) ش: هذا جواب عما استدل به الشافعي - رحمه الله - من حديث علي - رضي الله تعالى عنه - . أي المراد عما روى الشافعي من قوله : «لا يقتل المؤمن بكافر م: (**الحربي** ») ش: أي الكافر الحربي م: (**لسياقه**) ش: أي لسياق الحديث .

وقوله : م: (**ولا ذو عهد في عهده**) ش: بيانه : ما ذكره الطحاوي - رحمه الله- في «شرح الآثار » : أن الذي حكاه أبو جحيفة عن علي - رضي الله تعالى عنه - لم يكن مفردًا ، ولو كان مفردًا لاحتمل ما قالوا ، ولكن موصلاً بغيره ، وهو قوله : «ولا ذو عهد في عهده » . ووجه ذلك : أنه عطف هذا على الأول . م: (**والعطف للمغايرة**) ش: لأن المعطوف غير المعطوف عليه .

وفي «المبسوط» و«الأسرار» : الواو للعطف حقيقة خصوصًا فيما لا يكون مستقلاً بنفسه ، ووجه الأول بقي القتل قصاصًا لا بقي مطلق القتل ، فيكون الثاني نفي القتل قصاصًا ، وإلا فلا مناسبة بين الجملتين ، فيصير كقوله في حسن الديات محطوط ، وكذا [. . .] في غاية الطول فيكون وكيلاً .

وفي «مبسوط شيخ الإسلام » - رحمه الله - : ولا ذو عهد في عهده ، جملته ناقصة ، فيكون خبره خبر الجملة الكاملة ، وخبر الكاملة في القتل قصاصًا ، فيكون معناه : ولا يقتل ذو عهد في عهده بكافر ، فلو كان الكافر في الكاملة مطلقًا لا يصح هذا ، لأنه يصير معناه : لا يقتل ذو عهد مطلق بالكافر . وليس كذلك بالإجماع ، فإن الذمي يقتل بالذمي بالإجماع .

فإن قيل : قد روي في بعض الروايات : « **ولا بذي عهد في عهده** » أي ولا يقتل مسلم بكافر ولا

قال : ولا يقتل بالمستأمن لأنه غير محقون الدم على التأبيد ، وكذلك كفره باعث على الحراب ؛ لأنه على قصد الرجوع ، ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا . ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً للمساواة ولا يقتل استحساناً لقيام المبيح ، ويقتل الرجل بالمرأة ، والكبير بالصغير ، والصحيح بالأعمى والزمن وبناقص الأطراف وبالمجنون للعمومات ،

ذمي عهد .

قلنا : هي رواية شاذة مجهولة . ولئن صح فنقول أنه معطوف على المؤمن لا على الكافر ، والجر على الجوار كما في جحر ضب خرب . والمرد بذي عهد مستأمن وبه نقول ، أي : المستأمن لا يقتل بالمستأمن .

م: (**قال : ولا يقتل بالمستأمن**) ش: أي لا يقتل المسلم بالمستأمن . م: (**لأنه غير محقون الدم على التأبيد ، وكذلك كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع**) ش: إلى داره ، فكان كالحربي .

م: (**ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا**) ش: لأنه غير محقون الدم على التأبيد . قال الأكمل - رحمه الله - : قتله هو إشارة إلى قوله ﷺ : « **ولا ذو عهد في عهده** » وليس بواضح لأن المعهود منه في مثله لما روينا ، ولأننا قدرنا ذلك بكافر حربي إلا إذا أريد هناك بالحربي أعم من أن يكون مستأمنًا أو محاربًا ، وهو الحق ، ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي ، والجواب عنه بقوله : «لما بينا» لأن التقدير المذكور ليس بمروي ، وإنما هو تأويل فلم يقل : «لما روي » .

م: (**ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسًا**) ش: لأنهما حقنا دمهما بالأمان م: (**للمساواة**) ش: بينهما من حيث حقن دمهما ، فصارا متكافئين . وبه قالت الأئمة الثلاثة .

م: (**ولا يقتل استحسانًا لقيام المبيح**) ش: وهو الكفر الباعث على الحراب ، لما قلنا : إنه على قصد الرجوع .

م: (**ويقتل الرجل بالمرأة ، والكبير بالصغير ، والصحيح بالأعمى ، والزمن وبناقص الأطراف وبالمجنون للعمومات**) ش: أراد بها قوله : ﴿ **من قتل مظلومًا فقد جعلنا لوليه سلطانًا** ﴾ وغير ذلك من الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص . وهذا الذي ذكرناه من قوله : «ويقتل الرجل . . » إلى آخره قول أكثر أهل العلم .

وعن عطاء عن الحسن البصري - رحمه الله - : إذا قتل الرجل امرأة فوليها إن شاء أخذ بديتها ستة آلاف درهم ، وإن شاء دفع إلى ولي القاتل ستة آلاف وقتله . هكذا روي عن علي - رضي الله تعالى عنه .

ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني . قال : ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه الصلاة والسلام : «لا يقاد الوالد بولده » وهو بإطلاقه حجة على مالك -رحمه الله- في قوله : يقاد إذا ذبحه ذبحاً ،

وذكر في « الكشاف» في تفسير قوله تعالى: ﴿ **والأنثى بالأنثى** ﴾ قال مالك والشافعي - رحمهما الله - : لا يقتل الذكر بالأنثى ، لكن هذا مخالف لعامة كتب الشافعي ومالك.

م: (**ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني**) ش: وهذا كله يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعي - رحمه الله .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه الصلاة والسلام :**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**«لا يقاد الوالد بولده »**) ش: . هذا الحديث رواه الترمذي ، وابن ماجة ، من حديث عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « **لا يقاد الوالد بولده** »[1] .

وروى الترمذي ، وابن ماجة أيضًا من حديث طاوس ، عن ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - **أن النبي** ﷺ قال : « **لا تقام الحدود في المساجد، ولا يقتل الوالد بالولد**» . وفي سنده إسماعيل بن مسلم وهو ضعيف[2] .

م: (**وهو**) ش: أي هذا الحديث م: (**بإطلاقه حجة على مالك - رحمه الله - في قوله : يقاد**) ش: أي الوالد م: (**إذا ذبحه**) ش: أي الابن م: (**ذبحًا**) ش: يعني إذا قصد قتله . أما لو رماه بالسيف أو السكين ولم يرد قتله ، فلا قصاص .

وفي «الجواهر» للمالكية : قال أشهب - رحمه الله - : لا يقتل الأب بالابن بكل حال للشبهة ، وهو قوله ﷺ : « **أنت ومالك لأبيك** »[3] .

---

(١) **حسن** : رواه الترمذي [١٤٣٣] ، ابن ماجة [٢٦٦٢] من طريق حجاج بن أرطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عمرو- رضي الله عنه- . . . مرفوعًا ، والحجاج روايته عن عمرو منقطعة إنما هي عن العرزمي عن عمرو بن شعيب ، والعرزمي هذا متروك ، والحديث أخرجه البيهقي عن محمد بن عجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمرو -رضي الله عنه -(٨/ ٣٨) ، وإسناد البيهقي حسن .

(٢) **ضعيف** : أخرجه الترمذي [١٤٣٤] ، ابن ماجة [٢٥٩٩] من طريق إسماعيل بن مسلم عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس . . . مرفوعًا وفيه إسماعيل بن مسلم المكي وهو ضعيف .

(٣) **صحيح** : رواه أبو داود في « البيوع » [٣٥٣٠] من طريق حبيب المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . . . مرفوعًا ، ورواه ابن ماجة [٢٢٩١] عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله . . . مرفوعًا .

ولأنه سبب لإحيائه ؛ فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ، ولهذا لا يجوز له قتله وإن وجده في صف الأعداء مقاتلاً أو زانياً وهو محصن . والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه ، والجد من قبل الرجال أو النساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب ، وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أم بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط . قال : ولا يقتل الرجل بعبده ، ولا مدبره ، ولا مكاتبه ، ولا بعبد ولده ؛ لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ، ولا ولده عليه ،

وقال الليثي وداود وابن المنذر ، وابن الحكم - رحمهم الله - : يقتل بابنه للعمومات والأم كالأب ، وكذا الأجداد والجدات . وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الأب م: (**سبب لإحيائه**) ش: أي لإحياء الولد . م: (**فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ، ولهذا**) ش: أي ولأجل ذلك ، م: (**لا يجوز له**) ش: أي للابن م: (**قتله**) ش: أي قتل الأب .

م: (**وإن وجده في صف الأعداء**) ش: حال كونه م: (**مقاتلاً أو زانيًا**) ش: أي ووجده زانيًا م: (**وهو محصن**) ش: أي والحال أنه محصن .

وكذا لو وجده مرتدًا ليس له أن يقتله شرعًا . وقال تاج الشريعة - رحمه الله - : أو راميًا موضع قوله : « زانيًا» . ثم قال : يعني لا يجوز للابن أن يرمي بالحجر نحو أبيه .

م: (**والقصاص يستحقه المقتول**) ش: هذا جواب عما يقال : لو استوفى القصاص منه لا يكون استيفاء من الولد، فإن استيفاء القصاص يمنع من وارث الوالد، وتقدير الجواب أن القصاص يستحقه المقتول أولاً ، ولهذا لو عفي يصح .

م: (**ثم يخلفه وارثه**) ش: أي ثم يخلف المقتول وارثه ، والابن ليس من يستوجب ذلك على أبيه، وبدون الأهلية لا يثبت الحكم .

م: (**والجد من قبل الرجال أو النساء وإن علا في هذا**) ش: الحكم م: (**بمنزلة الأب، وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أم بعدت لما بينا**) ش: أشار به إلى قوله لأنه سبب لإحيائه ، م: (**ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط**) ش: أي لعدم مسقط القصاص، وهو قيام الواجب وهو سبب الإحياء ، وحكي عن أحمد - رحمه الله - في رواية شاذة : أنه لا يقتل .

م: (**قال: ولا يقتل الرجل بعبده، ولا مدبره ، ولا مكاتبه ، ولا بعبد ولده**) ش: ولا يعلم فيه خلاف م: (**لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه**) ش: أي لأن الرجل لا يستحق لأجل نفسه م: (**القصاص ولا ولده عليه**) ش: بالرفع معطوفة على الضمير المستكن في يستوجب . وجاز ذلك بلا

وكذا لا يقتل بعبـد ملك بعضه ؛ لأن القصاص لا يتجزأ .قال : ومن ورث قـصداً على أبيه سقط لحرمة الأبوة ، قال : ولا يستوفي القصاص إلا بالسيف . وقال الشافـعي -رحمه لله - : يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً ، فإن مات وإلا تحز رقبته لأن مبنى القصاص على المساواة .

تأكيد المنفصل لوقوع الفصل يعني : ولا يستوجب ولده على أبيه إذا قتل الأب عبد ولده ، كذا قال الأكمل - رحمه الله - . قلت : العطف على الضمير المستكن فيه خلاف بين الكوفيين والبصريين على ما لا يخفى على من له يد في علم النحو .

م: (**وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه**) ش: أي إذا كان عبد بين شريكين ، فقتله أحدهما : لا يقتل به ، م: (**لأن القصاص لا يتجزأ**) ش: فيضمن لشريكه قيمته وما يخصه من العبد .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ومن ورث قصاصًا على أبيه**) ش: مثل أن يقتل الرجل أم ابنه مثلاً م: (**سقط**) ش: أي القصاص م: (**لحرمة الأبوة**) ش: . لقوله ﷺ : « **أنت ومالك لأبيك** » فظاهره يوجب كونه مملوكًا لأبيه . فحقيقة الملك يمنع القصاص كما في المولى إذا قتل عبده . وكذا شبهة الملك باعتبار الظاهر .

م: (**قال : ولا يستوفي القصاص إلا بالسيف**) ش: للحديث الذي يأتي م: (**وقال الشافعي - رحمه الله - : يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعًا**) ش: . مثل أن يقطع يد رجل فمات منه فعل به وذلك ، ويمثل مثل تلك المدة م: (**فإن مات وإلا تحز رقبته**) ش: .

وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - وأصحاب الظاهر ولو كان ذلك الفعل غير مشروع ، بأن لاط بصبي أو وطيء صغيرة حتى قتلهما أو سقاه خمراً حتى مات ، اختلف أصحابه . قيل : يحز رقبته ، وقيل في اللواطة : يشحذ آلة على مثل هذا الذكر فيقتل به مثل ما فعل . وقيل في الخمر : يسقى الماء حتى يموت ، في «الحلية» : فالمذهب أنه يحز رقبته .

وكذا نهشته حية يقتل بمثله ، وإذا حبسه في بيت فيه سبع فافترسه ففيما يقتص به وجهان : ولو فعل به ما فعل ولم يمت ففيه قولان : أحدهما : أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت ، وبه قال مالك - رحمه الله - والثاني : أنه يعدل إلى السيف .

م: (**لأن مبنى القصاص على المساواة**) ش: وذلك فيما ذكرنا لأن فيه مساواة في الأصل والوصف ، أي الفعل والمقصود به .

فإن قيل : قد احتج الشافعي - رحمه الله -: ومن معه بقوله تعالى : ﴿**وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به**﴾ وقوله تعالى : ﴿ **فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم** ﴾ .

وبما روي عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - أنه قال : أن جارية وجدوا رأسها قد رض

بين الحجرين ، فسألوها من فعل بك هذا ، فلان وفلان ؟ حتى ذكروا يهوديًا فأومت برأسها . فأخذوا اليهودي ، فأمر رسول الله ﷺ أن يرض رأسه بالحجارة . وبحديث العرنيين فإنهم سملوا أعين الرعاة فسمل النبي ﷺ أعينهم .

قلت: أما قوله تعالى : ﴿ **فعاقبوا** ﴾ الآية ، فروى الطحاوي - رحمه الله - عن مقسم ، عن ابن عباس ، وعن أبي هريرة - رضي الله تعالى عنهم - : أنه عليه السلام قال : لما قتل حمزة - رضي الله تعالى عنه - ومثل به : « **لئن ظفرت بهم لأمثلن بسبعين رجلاً** » .

وفي رواية : « **والله لأمثلن بسبعين رجلاً منهم** » . فأنزل الله تعالى : ﴿**وإن عاقبتم**﴾ الآية ، فصبر رسول الله ﷺ وكفر عن يمينه ، فعلم أن الآية نزلت في هذا المعنى لا فيما ذكروا .

وأما قوله تعالى : ﴿ **فاعتدوا** ﴾ الآية ، فإنها نزلت على المماثلة لا على الزيادة ، وفيما قالوا : الزيادة في الاستيفاء ، فلا يجوز .

وأما حديث اليهودي فكان بطريق السياسة لأنه كان مشهورًا بذلك ، فأمر برضه ﷺ لكونه ساعيًا في الأرض بالفساد ، لا بطريق القصاص إذ بإشارة الجارية برأسها لا يجب القصاص .

فإن قيل : اليهودي أقر بذلك ؟ .

قلنا : ولئن سلمنا فقد نسخ ، ونسخ المثلة كما في حديث العرنيين .

م: (**ولنا قوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي قول النبي ﷺ : م: («**لا قود إلا بالسيف**») ش: هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - ، منهم : أبو بكر ، أخرج حديثه ابن ماجة عنه ، عن النبي ﷺ أنه قال : « **لا قود إلا بالسيف** »[1] .

ومنهم : نعمان بن بشير - رضي الله عنه - أخرج حديثه ابن ماجة - رحمه الله - أيضًا عنه ﷺ مثله . وفيه جابر الجعفي - رحمه الله - وهو ضعيف . قاله ابن الجوزي ، وفي موضع آخر قال : وقد وثقه الثوري وشعبة[2] .

ومنهم : ابن مسعود - رضي الله تعالى عنهما - ، أخرج حديثه الطبراني - رحمه الله - في

---

(١) ضعيف : أخرجه ابن ماجة [٢٦٦٨] عن الحر بن مالك عن مبارك بن فضالة عن الحسن عن أبي بكرة . . . مرفوعًا ، وضعفه الألباني -حفظه الله .

(٢) ضعيف : رواه ابن ماجة [٢٦٦٧] عن جابر الجعفي عن أبي عازب عن النعمان . . . . مرفوعًا ، وفيه جابر الجعفي وهو متهم ، ومسلم بن عمرو ، وابن أراك وهو مستور .

معجمه عنه مرفوعًا نحوه سواء ، وفيه عبد الكريم ضعفوه[1] .

ومنهم : أبو هريرة - رضي الله عنه - أخرج حديثه الدارقطني - رحمه الله - أيضًا عنه قال: قال رسول الله ﷺ نحوه ، وفيه سلمان بن أرقم قال الدارقطني : هو متروك[2] .

ومنهم: علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه - ، أخرج حديثه الدارقطني أيضًا عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « **لا قود في النفس وغيرها إلا بحديدة** » . وفيه معلى بن هلال . قال الدارقطني : متروك[3] .

م: (**والمراد به السلاح**) ش: أي المراد بقوله ﷺ : « **إلا بالسيف** » إلا بالسلاح ، ويؤيده حديث علي - رضي الله تعالى عنه - المذكور آنفًا .

وقال تاج الشريعة : قوله : والمراد به السلاح هكذا فهمت الصحابة بالمعنى المفهوم دلالة وهو الحز والقطع . كما يقال : المراد من نهي الاستيفاء حرمة الإيذاء . وأصحاب عبد الله بن مسعود كانوا يقولون : لا قود إلا بالسلاح . لفهمهم من اللفظ المظهر النبوي .

وذلك لأن المراد من السلاح في الاستيفاء الحديد المحدد كالخنجر والسكين . وإنما كنى بالسيف عن السلاح لأن المعد للقتال على الخصوص من بين الأسلحة السيف . فإنه لا يراد به لشيء آخر سوى القتال . وقد يراد بسائر الأسلحة منافع سواه . وهو معنى قوله ﷺ : « **بعثت بالسيف بين يدي الساعة** »[4] يعني السلاح الذي هو آلة القتال .

م: (**ولأن فيما ذهب إليه**) ش: أي الشافعي - رحمه الله - م: (**استيفاء الزيادة**) ش: وهو دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله : ولأن مبنى القصاص على المساواة . ووجهه : لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب إليه لأن فيه الزيادة .

---

(١) قال الهيثمي في «المجمع» [٦/ ٢٦١] : رواه الطبراني وفيه أبومعاذ سليمان بن أرقم وهو متروك. قلت : وفيه بقية بن الوليد وهو مدلس وقد عنعن، وعبد الكريم بن أبي المخارق وهو ضعيف.

(٢) رواه الدارقطني في « الحدود والديات » (صـ ٣٢٥) وفيه سليمان بن أرقم وهو متروك .

(٣) أخرجه الدارقطني في « الحدود والديات » (صـ ٣٢٥) قال الدارقطني : معلى بن هلال : متروك .

(٤) رواه الطحاوي في «مشكل الآثار» [١/ ٨٨] ، وأحمد [٢/ ٥٠] ولفظ أحمد :

« بعثت بالسيف حتى يعبد الله لا شريك له ، وجعل رزقي تحت ظل رمحي ، وجعل الذل والصغار على من خالف أمري ومن تشبه بقوم فهو منهم » ، وإسناد أحمد صحيح .

لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز ، فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم . قال: وإذا قتل المكاتب عمداً وليس له وارث إلا المولى وترك وفاءً فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف- رحمهما الله- ، وقال محمد -رحمه الله- : لا أرى في هذا قصاصاً لأنه أشبه سبب الاستيفاء ، فإنه الولاء إن مات حراً والملك إن مات عبداً ، وصار كمن قال لغيره : بعني هذه الجارية بكذا ، وقال المولى : زوجتها منك ، لا يحل له وطئها لاختلاف السبب كذا هذا ، ولهما : أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد ، واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم ، فلا يبالى

م: (**لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز**) ش: بعد فعل ما فعل به فيجب التحرز عنه لأنه أدى إلى انتفاء القصاص م: (**فيجب التحرز عنه كما في كسر العظام**) ش: فإن من كسر عظم إنسان سوى السن عمداً ، فإنه لا تقبض منه فإذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة ، فلأن يجوز ترك البعض أولى .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وإذا قتل المكاتب عمداً وليس له وارث إلا المولى وترك وفاءً فله**) ش: أي فللمولى م: (**القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله-**) ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة . إذا كان قاتله عبداً ، أما لو كان قاتله حراً لا يجب القصاص على الحر، يقتل العبد عندهم ، وسواء ترك وفاء عندهم أو لا ، وعندنا : إذا لم يترك وفاء لا يجب القصاص كما يجيء .

م: (**وقال محمد - رحمه الله - : لا أرى في هذا قصاصًا لأنه أشبه سبب الاستيفاء ،فإنه**) ش: أي فإن سبب الاستيفاء م: (**الولاء إن مات حراً والملك إن مات عبداً وصار**) ش: هذا م: (**كمن قال لغيره: بعني هذه الجارية بكذا ، وقال المولى : زوجتها منك ، لا يحل له وطئها لاختلاف السبب كذا هذا**).

ش: وقال الأكمل : كأنه حام حول الدرء بالشبهات م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - : م: (**أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين**) ش: أي على تقدير أن يموت حرًا وعلى تقدير أن يموت عبداً .

م: (**وهو**) ش: أي المولى م: (**معلوم والحكم متحد**) ش: وهو استيفاء القصاص م: (**واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم ، فلا يبالي به**) ش: أي باختلاف السبب ، كما لو قال المقر لك عليّ ألف من ثمن عبد ، وقال المقر له : من قرض يجب الألف على المقر ، ولا يبالي اختلاف السبب .

به بخلاف تلك المسألة لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاءً وله وارث غير المولى فلا قصاص وإن اجتمعوا مع المولى ؛ لأنه اشتبه من له حق لأنه المولى إن مات عبداً والوارث إن مات حراً إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة - رضي الله عنهم -في موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الأولى ؛ لأن المولى متعين فيها وإن لم يترك وفاءً وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعاً ؛ لأنه مات عبداً بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاءً لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز ، وإذا قتل عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لأن المرتهن

م: (بخلاف تلك المسألة) ش: أي مسألة الجارية م: (لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح) ش: لأن ملك اليمين يثبت الحل تبعًا ، والنكاح مقصوداً فالحل ثابت مقصود غير الحل الثابت تبعًا ويختلف أحكامهما . ولما لم يتفقا على أحد الحكمين لم يثبت الحل م: (ولو ترك وفاءً وله وارث غير المولى) ش: أي ولو ترك المكاتب المقتول وفاء ، والحال أن له وارثًا غير مولاه . م: (فلا قصاص) ش: أي عند أصحابنا بلا خلاف خلافًا للأئمة الثلاثة -رحمهم الله- . م: (وإن اجتمعوا مع المولى ؛ لأنه اشتبه من له حق لأنه) ش: أي لأن من له الحق م: (المولى إن مات عبداً والوارث) ش: أي من له الحق الوارث م: (إن مات حراً إذ ظهر الاختلاف) ش: أي لأنه ظهر الاختلاف م: (بين الصحابة- رضي الله عنهم - في موته على نعت الحرية أو الرق) ش: أي على وصف الحرية ، فإن مات حرًا أو على وصف الرقية ، بأن مات عبدًا فعند علي - رضي الله عنه - ، وعبد الله بن مسعود - رحمه الله- : يموت حرًا إذا أديت كتابته ، فيكون الاستيفاء لورثته .

وعند زيد بن ثابت - رضي الله تعالى عنه - : يموت عبدًا . وبه قال الشافعي - رحمه الله- ، وأحمد، فيكون الاستيفاء للمولى ، فلهذا الاختلاف لا يجب القصاص م: (بخلاف الأولى) ش: ، أي المسألة الأولى م: (لأن المولى متعين فيها) ش: فيجب القصاص على الاختلاف .

م: (وإن لم يترك وفاءً وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعًا لأنه مات عبدًا بلا ريب لانفساخ الكتابة) ش: بموته . ولم يذكر ما إذا مات ولم يترك وفاء له ورثة أرقاء لعدم الفائدة في ذكره ؛ لأن حكمه حكم المذكور في الكتاب.

م: (بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاءً) ش: أي لا يجب القصاص للمولى م: (لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز) ش: لأن ملك الولي لا يعود بموته ، ولا ينفسخ بالعجز ما عتق عنه ، وهذا على قول من قال : يتجزأ الإعتاق .

م: (وإذا قتل عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لأن المرتهن

لا ملك له فلا يليه ، والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه . قال : وإذا قتل ولي المعتوه فلأبيه أن يقتل لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها ، وهو تشفي الصدر فيليه كالإنكاح

لا ملك له فلا يليه) ش: أي القصاص م: **(والراهن لو تولاه)** ش: أي القصاص م: **(لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه)** ش: .

وفي «المغني» و«الجامع الصغير» لفخر الإسلام وغيرهما : لا يثبت لهما القصاص وإن اجتمعا كما إذا قتل عبد المكاتب ، فاجتمع المولى مع المكاتب ويجب الدية في مال القاتل في ثلاث سنين . وفي «الإيضاح» : إذا اجتمع للراهن أن تقبل عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وعندهما لا .

وقال الشافعي - رحمه الله - ، وأحمد - رحمه الله - : استيفاء القصاص للراهن لأنه هو المالك ، فإذا استوفى لم يجب للمرتهن عليه شيء عند الشافعي - رحمه الله- ، وأحمد - رحمه الله - في رواية .

وقال أحمد - رحمه الله - في رواية : يجب عليه قيمته فيكون رهنًا مكانه .

م: **(قال)** ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م: **(وإذا قتل ولي المعتوه)** ش: يعني قريبه وهو ابنه م: **(فلأبيه)** ش: أي فلأب المعتوه وهو جد المقتول م: **(أن يقتل)** ش: ، وبه قال مالك - رحمه الله - ، وأحمد - رحمه الله .

وقال الشافعي - رحمه الله - : لم يكن لوليه استيفاءه لأن فيه بطلان حق الصغير والمعتوه ، بل ينتظر بلوغ الصغير ، وإفاقة المجنون ويحبس القاتل م: **(لأنه)** ش: أي لأن استيفاء القصاص م: **(من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها)** ش: أي إلى النفس م: **(وهو تشفي الصدر فيليه كالإنكاح)**

ش: ولا يتوهم أن كل من ملك الإنكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ ، فإنه يملك الإنكاح دون القصاص لأنه شرع للتشفي . وللأب شفقة كاملة بعد ضرر الولد ضرر نفسه . فجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للأب بخلاف الأخ .

وقال الأترازي - رحمه الله - : قال بعض الشارحين في هذا الموضع : كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص ، فإن الأخ يملك الإنكاح ، ولا يملك استيفاء القصاص . فأقول هذا ليس بشيء لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة ولي أقرب منه . انتهى .

قلت: أراد ببعض الشارحين الكاكي والأكمل - رحمهما الله - ، فإنهما اللذان ذكرا ذلك فيمن ذكرناه مثل ما ذكرا امرأة ، أمعن نظره فيها أن رده غير موجه .

وله أن يصالح لأنه أنظر في حق المعتوه ، وليس له أن يعفو لأن فيه إبطال حقه ، وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمداً لما ذكرنا . والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك ، إلا أنه لا يقتل لأنه ليس له ولاية على نفسه ، وهذا من قبيله ويندرج تحت الإطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف ، فإنه لم يستثن إلا القتل ،

م: (**وله**) ش: أي وللأب م: (**أن يصالح**) ش: أي القاتل م: (**لأنه أنظر في حق المعتوه**) ش: لكن هذا فيما إذا صالح على قدر الدين ، ولو صالح بأقل منه لم يجر الخطأ وإن قل . ويجب كمال الدية .

وقال الأترازي : قال بعضهم في شرحه : هذا إذا صالح على مثل الدية فذكر ما ذكرناه الآن ناقلاً عن الكاكي - رحمه الله - ثم قال : ولنا فيه نظر ، لأن لفظ محمد -رحمه الله - في «الجامع الصغير » مطلق حيث جوز صلح أب المعتوه عن دم قريبه مطلقًا ؛ لأنه قال : وله أن يصالح من غير قيد بقدر الدية انتهى .

قلت: في نظره نظر ، لأنه يجوز أن يكون مراد محمد - رحمه الله - : وله أن يصالح ، مقيداً بهذا القيد على ما لا يخفى .

وقال الشافعي -رحمه الله- في « المنصوص » ، وأحمد -رحمه الله- في رواية : لا يجوز ، لأنه لا يملك إسقاط قصاصه .

وقال الشافعي في قول ، وأحمد -رحمه الله- في رواية : يجوز إذا كان الصغير والمجنون محتاجين إلى النفقة ، ولا مال لهما لحاجته إلى المال للحفظ .

م: (**وليس له أن يعفو لأن فيه إبطال حقه وكذلك**) ش: أي الحكم م: (**إن قطعت يد المعتوه عمداً لما ذكرنا**) ش: أي من قوله لأنه من باب الولاية على النفس على تأويل المذكور ويندرج تحت هذا الإطلاق وهو قوله : م: (**والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك**) ش: أي فيما ذكر من الأحكام م: (**إلا أنه**) ش: أي إلا أن الوصي م: (**لا يقتل لأنه ليس**) ش: لأن ليس م: (**له ولاية على نفسه**) ش: أي على نفس المعتوه..

م: (**وهذا**) ش: أي استيفاء القصاص م: (**من قبيله**) ش: أي من قبيل الولاية على النفس على تأويل المذكور .

م: (**ويندرج تحت الإطلاق**) ش: وهو قوله : والوصي بمنزلة الأب م: (**الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف ، فإنه لم يستثن إلا القتل**) ش: أي فإن محمداً - رحمه الله - لم يستثن إلا القتل ، والمسألة مذكورة في «الجامع الصغير» كما ذكرنا .

وفي كتاب الصلح : أن الوصي لا يملك الصلح ؛ لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ، ووجه المذكور ههنا أن المقصود من الصلح المال ، وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الأب بخلاف القصاص ؛ لأن المقصود التشفي وهو مختص بالأب ولا يملك العفو ؛ لأن الأب لا يملكه لما فيه من الإبطال، فهو أولى ، وقالوا: القياس أن لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس؛ لأن المقصود متحد، وهو التشفي . وفي الاستحسان : يملكه لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال ، فإنها خلقت وقاية للأنفس كالمال على ما عرف ، فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال

م: (**وفي كتاب الصلح**) ش: أي ذكر في كتاب «الصلح» من الأصل : م: (**أن الوصي لا يملك الصلح ؛ لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه**) ش: ملحقًا به وهو معنى قوله م: (**فينزل منزلة الاستيفاء**) ش: فلا يجوز حينئذ صلح الوصي .

م: (**ووجه المذكور ههنا**) ش: أي في «الجامع الصغير» : م: (**أن المقصود من الصلح : المال وأنه يجب بعقده**) ش: أي بعقد الوصي . م: (**كما يجب بعقد الأب**) ش: فوجب القول بصحته م: (**بخلاف القصاص**) ش: حيث لا يملك الوصي استيفاءه في النفس م: (**لأن المقصود**) ش: من القصاص م: (**التشفي وهو**) ش: أي التشفي م: (**مختص بالأب**) ش: لقربه وكمال شفقته، وهذا أمر معهود من الأب، والوصي لا ينزل منزلته في التشفي ودرك الثأر .

م: (**ولا يملك**) ش: أي الوصي م: (**العفو ؛ لأن الأب لا يملكه لما فيه من الإبطال**) ش: أي لما في العفو من إبطال حقه فإذا كان كذلك م: (**فهو أولى**) ش: أي فالعفو من الوصي أولى من الإبطال. حاصل الفصل: أن الروايات اتفقت في الأب أنه يستوفي القصاص في النفس وما دونها. وأنه يصالح في البابين جميعًا ، ولا يصح عفوه في البابين . واتفقت الروايات في الوصي أنه لا يملك استيفاء النفس، وأنه يملك استيفاء ما دونها، وأنه يملك الصلح فيما دونها، ولا يملك العفو في البابين . وإنما اختلفت الروايات في الوصي في فصل واحد وهو صلحة في النفس على مال . فقال في «الجامع الصغير» : يصح صلحه .

وقال في كتاب الصلح : لا يصح ، م: (**وقالوا**) ش: أي المشائخ - رحمهم الله - : م: (**القياس أن لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس ؛ لأن المقصود متحد وهو التشفي . وفي الاستحسان : يملكه لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال ، فإنها**) ش: أي فإن الأطراف م: (**خلقت وقاية للأنفس كالمال على ما عرف**) ش: في الأصول م: (**فكان استيفاؤه**) ش: أي استيفاء الوصي . م: (**بمنزلة التصرف في المال**) ش: فيجوز .

والصبي بمنزلة المعتوه في هذا ، والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح ، ألا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه . قال : ومن قتل وله أولياء صغار وكبار ، فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة- رحمه الله- .

وفي «المحيط» : القياس هو قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، في رواية ، وهو الأظهر على قولهما : لأنهما يجعلان الطرف كالنفس في حكم القصاص فالنكول .

وهو قول الشافعي - رحمه الله - لما لا يملكه في النفس، وفي «الاستحسان» : يملكه، وبه قال مالك - رحمه الله - ، وأحمد - رحمه الله - ، وفي «جامع أبي الليث» -رحمه الله- : هذا إذا أدرك معتوهًا، فإن أدرك عاقلاً فلا . ثم عنه : لا ولاية للوصي في ماله ولا في نفسه في قول زفر -رحمه الله- ، وعند أبي يوسف -رحمه الله- : حكمه حكم الذي أدرك معتوهًا سواء .

وفي «المبسوط» : لو كان يجن ويفنى فهو كالصحيح ، ولو جن بعد القتل إن كان هذا الجنون الحادث مطبقًا يسقط القود ، وعن محمد - رحمه الله - : ولو جن بعد القتل لا يقتل . وكذا : لو عته بعد القتل ولو قضى عليه بالقتل لا يقتل قياسًا .

قال في موضع آخر : وعن أبي يوسف - رحمه الله - : قبل الرفع إلى الوالي لا يقتل قياسًا، وبعد الرفع يقتل استحسانًا .

م: (**والصبي بمنزلة المعتوه في هذا**) ش: أي في القتل والصلح وعدم جواز المعتوه . وقال تاج الشريعة - رحمه الله - : أي في هذا المعنى للأب أن يستوفي القصاص الواجب للصغير في النفس وما دونها . وقال الشافعي : ليس له ذلك .

م: (**والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح**) ش: يملك الاستيفاء في النفس، وفيما دون النفس، لأن له ولاية في النفس والمال جميعًا .

م: (**ألا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه**) ش: أي بمنزلة السلطان، وفي «المحيط» قال أبو يوسف - رحمه الله - : ليس للسلطان أن يقتص إذا كان المقتول من أهل دار الإسلام كما للقيط ، كما ليس له أن يعفو بغير مال. وقال الأترازي - رحمه الله - : للسلطان أن يقتل قاتل من لا ولي له أن يصالح ، وكذلك إذا قتل اللقيط في قول أبي حنيفة - رحمه الله- ، ومحمد - رحمه الله.

م: (**قال**) ش: محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م: (**ومن قتل وله أولياء صغار وكبار، فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: أي قبل بلوغ الصغار. وبه قال مالك - رحمه الله - ، وأحمد - رحمه الله - في رواية ، والليث بن سعد ، وحماد بن سليمان ،

وقالا : ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ؛ لأن القصاص مشترك بينهم ، ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزئ ، وفي استيفائهم الكل إبطال حق الصغار فيؤخر إلى إدراكهم ، كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب ، أو كان بين المولين . وله : أنه حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة ، واحتمال العفو من الصغير منقطع . فيثبت لكل واحد كملاً كما في ولاية الإنكاح ، بخلاف الكبيرين ؛ لأن احتمال العفو من الغائب ثابت

والأوزاعي وزاد مالك - رحمه الله- وقال : إن كان للمقتول ولد صغير وأخ كبير أو أخت كبيرة فالأخ أختان يقتصان قبل بلوغ الصغير .

م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف - رحمه الله - ، ومحمد - رحمه الله - : م: (**ليس لهم ذلك**) ش: أي ليس للكبار أن يقتصوا م: (**حتى يدرك الصغار**) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - ، وأحمد - رحمه الله - في الأظهر ، وإسحاق ، وعمر بن عبد العزيز ، وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى - رحمهم الله .

م: (**لأن القصاص مشترك بينهم**) ش: أي بين الصغار والكبار .

م: (**ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزئ**) ش: لأنه تصرف في الروح ، وذا لا يقبل الوصف بالتجزئ .

م: (**وفي استيفائهم الكل إبطال حق الصغار فيؤخر**) ش: أي القصاص م: (**إلى إدراكهم**) ش: أي إلى بلوغهم م: (**كما إذا كان**) ش: أي القصاص م: (**بين الكبيرين وأحدهما غائب**) ش: فإنه لا يقتص حتى يحضر الغائب م: (**أو كان**) ش: أي القصاص م: (**بين المولين**) ش: صورته : معتق رجلين قتل وأحد موليبه غائب ، فليس للحاضر استيفاء القصاص حتى يحضر الغائب .

وفي «المبسوط» : صورته : عبد مشترك بين الصغير والكبير ، فقتل ، ليس للكبير استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالإجماع .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - : م: (**أنه**) ش: أي أن القصاص م: (**حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة ، واحتمال العفو من الصغير منقطع**) ش: أي والحال ولايته والشبهة في المال .

م: (**فيثبت**) ش: أي حق القصاص م: (**لكل واحد كملاً**) ش: أي على الكمال . م: (**كما في ولاية الإنكاح**) ش: حيث يجوز لأحد أولياء الصغير أن يزوجه لأن لكل واحد منهم ذلك م: (**بخلاف الكبيرين**) ش: إذا كان أحدهما غائبًا فليس للحاضر أن يقبض م: (**لأن احتمال العفو من الغائب ثابت**) ش: بلا شبهة .

ومسألة الموليين ممنوعة . قال : ومن ضرب رجلاً بمر فقتله فإن أصابه بالحديد قتل به ، وإن أصابه بالعود فعليه الدية . قال - رضي الله عنه - : وهذا إذا أصابه بحد الحديد لوجود الجرح ، فكمل السبب . وإن أصابه بظهر الحديد فعندهما : يجب ،

م: (**ومسألة الموليين ممنوعة**) ش: هذا جواب عن قوله : أو كان بين الموليين قالوا : إنه لا ولاية في هذا فيمنع . ونقول : لا نسلم أن لا ينفرد أحدهما للاستيفاء ، ولئن سلمنا فنقول : إن أحد الموليين إنما لم ينفرد بالاستيفاء لأن السبب لم يكمل في حقه لأن بعض الملك ، وبعض الولاء ليس بسبب أصلاً ، فصارا جميعًا كشخص واحد ، فثبت ملك قصاص واحد لشخص واحد ، بخلاف السعاية ، فإنها سبب كامل لاستحقاق كل القصاص .

وفي «المبسوط» : احتج أبو حنيفة - رحمه الله - أيضًا بما روي : أن الحسن بن علي - رضي الله تعالى عنهما - قتل عبد الرحمن بن ملجم حين قتل عليًا - رضي الله عنه - ، وفي أولاد علي - رضي الله عنه - صغار ولم ينتظر بلوغهم .

وفي «الأسرار» : روي عن علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه - : أنه لما أصابه ابن ملجم قال في وصيته : « أما أنت يا حسن فإن شئت أن تقتص فاقتص بضربة واحدة وإياك والمسألة » .

فلما مات علي - رضي الله تعالى عنه - قتل به ، وفي ورثة علي صغار منهم العباس بن علي - رضي الله عنه - ، وكان له أربع سنين ، وذلك بحضرة الصحابة - رضي الله عنهم - من غير نكير .

م: (**قال**) ش: محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**ومن ضرب رجلاً بمر**) ش: بفتح الميم وتشديد الراء .

قال «صاحب المغرب» : هو الذي يعمل به في الطين . م: (**فقتله فإن أصابه بالحديد**) ش: أي بالحديد الذي في أحد طرفي المر ، م: (**قتل به**) ش: بلا خلاف لوجود القتل على وجه الكمال .

م: (**وإن أصابه بالعود**) ش: الذي هو أحد طرفي المر م: (**فعليه الدية ، قال - رضي الله عنه -**) ش: أي المصنف - رحمه الله - : م: (**وهذا**) ش: أي وجوب القصاص م: (**إذا أصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل**) ش: أي الجرح هو م: (**السبب**) ش: أي سبب القصاص .

م: (**وإن أصابه بظهر الحديد فعندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م: (**يجب**) ش: أي القصاص . وبه قالت الأئمة الثلاثة - رحمهم الله .

وهو رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - اعتباراً منه للآلة وهو الحديد ، وعنه : إنما يجب إذا جرح وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان . وأما إذا ضربه بالعود ، فإنما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم . ثم قيل : هو بمنزلة العصا الكبيرة ، فيكون قتلاً بالمثقل ، وفيه خلاف أبي حنيفة - رحمه الله - على ما نبين . وقيل : هو بمنزلة السوط ، وفيه خلاف الشافعي - رحمه الله - وهي مسألة الموالاة . له : أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية

م: (**وهو**) ش: أي قولهما م: (**رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - اعتباراً منه للآلة وهو الحديد**) ش: لأن الحديد سلاح كله حده وعرضه في ذلك سواء .

م: (**وعنه**) ش: أي وعن أبي حنيفة - رحمه الله - : م: (**إنما يجب**) ش: أي القصاص م: (**إذا جرح**) ش: كذا ذكره الطحاوي - رحمه الله - م: (**وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى**).

ش: قال الأترازي - رحمه الله - : في هذه الحوالة نظر . وقال الكاكي - رحمه الله- : هو قوله بعد ذلك : ولا يماثل بين الجرح والدق ، لقصور الثاني عن تخريب الظاهر إلى آخره .

م: (**وعلى هذا**) ش: أي وعلى هذا الاختلاف م: (**الضرب بسنجات الميزان**) ش: يعني إذا كانت من حديد م: (**وأما إذا ضربه بالعود ، فإنما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم**) ش: يعني لما وجد قتل النفس المعصومة وامتناع وجوب القصاص ، وجبت الدية حتى لا يهدر دم المقتول .

م: (**ثم قيل : هو**) ش: أي عود المر إذا كان لا يلبث م: (**بمنزلة العصا الكبيرة ، فيكون قتلاً بالمثقل**) ش: كمدقة القصابين وحجر الرحى ، لا يجب القصاص عند أبي حنيفة - رحمه الله- ، وإليه أشار بقوله : م: (**وفيه خلاف أبي حنيفة - رحمه الله - على ما نبين**) ش: إن شاء الله تعالى ، فتجب الدية في ماله في ثلاث سنين ، لأنه عمد . وعندهما : يجب القصاص لأنه قتل عمد . وبه قالت الأئمة الثلاثة - رحمهم الله .

م: (**وقيل : هو بمنزلة السوط**) ش: يعني إذا كان العود مما يثبت م: (**وفيه خلاف الشافعي - رحمه الله - وهي مسألة الموالاة**) ش: ، يعني في الضرب بالعصا الصغيرة أو الحجر الصغير ، إذا والى الضربات ، لا يجب القصاص به . وقال الشافعي - رحمه الله - : يجب إذا والى الضربات على وجه لا تحمله النفس عادة ؛ لأنه دلالة القصد إلى القتل . وبه قال مالك - رحمه الله - وأحمد - رحمه الله - ، وهو معنى قوله .

م: (**له**) ش: أي للشافعي -رحمه الله- : م: (**أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية**

فيتحقق الموجب . ولنا : ما روينا « ألا إن قتيل خطأ العمد» ويروى «شبه العمد» الحديث . ولأن فيه شبهة عدم العمدية ؛ لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى أول الفعل عنه ، وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية . قال : ومن غرّق صبيًا أو بالغًا في البحر ، فلا قصاص عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقالا : يقتص منه ، وهو قول الشافعي -رحمه الله-. غير أن عندهما يستوفى حزاً . وعنده يغرّق كما بيناه من قبل . لهم

فيتحقق الموجب) ش: للقصاص . م: (**ولنا : ما روينا : «ألا إن قتيل خطأ العمد »**) ش: قتيل السوط والعصا ، ولم يفصل بين الموالاة وغيرها .

م: (**ويروى «شبه العمد» الحديث**) ش:وقد مضى من حديث عبد الله بن عمر - رضي الله تعالى عنهما - : « **ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا** » الحديث .

م: (**ولأن فيه شبهة عدم العمدية ؛ لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب**) ش: لأنه قد يشرع حدًا وتعزيراً في مواضع لا يكون القتل مشروعًا ، فلو كان ذلك دلالة القصد لم يشرع في موضع لا يكون القتل مشروعًا .

م: (**أو لعله اعتراه القصد في خلال الضربات**) ش: أي : أو لعل الضارب شبه القصد في أثناء الضربات م: (**فيعرى أول الفعل عنه**) ش: أي : فيخلو أول الضرب عن القصد ، فيتمكن الخلل في العمدية . م: (**وعساه أصاب المقتل**) ش: أي : لعل أول الفعل ، وهو الضربة ، أصاب المقتل ، فالشبهة إلى القتل فلا يدل ذلك على العمد .

م: (**والشبهة دارئة للقود**) ش: فلا يجب القصاص . م: (**فوجبت الدية**) ش: في ثلاث سنين .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**ومن غرّق صبيًا أو بالغًا في البحر فلا قصاص عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقالا : يقتص منه ، وهو قول الشافعي - رحمه الله - غير أن عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف - رحمه الله - ، ومحمد -رحمه الله - : م: (**يستوفي حزاً**) ش: أي تحز الرقبة بالسيف .

م: (**وعنده**) ش: أي وعند الشافعي - رحمه الله - : م: (**يغرّق كما بيناه من قبل**) ش: وهو أنه يفعل به بمثل ما فعل .

م: (**لهم**) ش: قال شيخنا العلاء : للشافعي - رحمه الله - ولهما ، لكن استدلال الشافعي- رحمه الله - بالحديث المذكور واستدلالهما بالقول .

وقال تاج الشريعة - رحمه الله - : النص يقتضي التفريق ، وهو مذهب الشافعي - رحمه الله - ، ويكون حجة لهما أيضًا على أبي حنيفة - رحمه الله - في نفي وجوب الدية . والحديث

قوله عليه الصلاة والسلام : « من غرَّق غرَّقناه » ، ولأن الآلة قاتلة فاستعمالها أمارة العمدية ، ولا مراء في العصمة ، وله قوله عليه الصلاة والسلام : « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا » . وفيه : «وفي كل خطأ أرش »، ولأن الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعمالها فتمكنت شبهة عدم العمدية ، ولأن القصاص ينبئ عن المماثلة .

رواه البيهقي في «سننه » ، وفي «المعرفة» من حديث البراء بن عازب - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال : « من عرض عرضنا له ، ومن حرّق حرّقناه ، ومن غرّق غرّقناه »[1] .

قال «صاحب التنقيح» -رحمه الله - : في هذا الإسناد من يجهل حاله . وقال الأترازي- رحمه الله - : الحديث غير موصول إلى النبي ﷺ ، ولئن صح فهو محمول على السياسة بإضافة التفريق إلى النبي ﷺ ، حيث م: (**قوله عليه الصلاة والسلام :« من غرّق غرّقناه»**) ش: ولم يقل : من غرق . قلت: الحديث مرفوع ولكنه ضعيف على ما يجيء عن قريب في «الجامع الصغير» .

ولو أحمى تنوراً فألقاه في النار ولا يستطيع الخروج منها ، فأحرقته ففيه القود. وفيه إشارة إلى أن الإحماء يكفي للقود وإن لم تكن فيه النار . وفي «جمع التفاريق» : هو الصحيح ، ولو ألقاه في نار ثم أخرج وبه رمق فمكث مضني منه حتى مات ففيه القود، وإن كان يجيء ويذهب فلا. ولو أوجره سمًا كارهًا أو تأويله ، أو أكرهه على شربه فلا قود فيه .

م: (**ولأن الآلة قاتلة**) ش: هذا استدلالهما ، بيانه : أن الماء الذي لا ينجى منه عادة قاتل ، قيل: هذا الماء أدى القتل م: (**فاستعمالها أمارة العمدية**) ش: أي باستعمال هذه الآلة علامة العمدية .

م: (**ولا مراء**) ش: أي ولا شك م: (**في العصمة**) ش: أي عصمة المحل لأن كلامنا فيما إذا كان المقتول محقون على التأبيد وقد وجد فيجب القصاص .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - : م: (**قوله عليه الصلاة والسلام : « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا ». وفيه : « وفي كل خطأ أرش»**[2]) ش: وقد مر الحديث في أوائل الكتاب .

م: (**ولأن الآلة**) ش: وهي : الماء الذي جعل كالآلة م: (**غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه**) ش: أي : في القتل م: (**لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ، ولأن القصاص ينبئ عن المماثلة**) ش:

---

(١) رواه البيهقي [٨/ ٤٣] من طريق بشر بن حازم عن عمران بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده . . . مرفوعًا .

(٢) قال الحافظ الزيلعي : غريب بهذا اللفظ ، وقد مر حديث النعمان بن بشير بمعناه .

ومنه يقال : اقتص أثره ، ومنه المقصة للجلمين ، ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر ، وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادرة ، وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة ، وقد أومت إليه إضافته إلى نفسه فيه

هذا لأنه ألحق بالقتل إلى القصاص في لغة العرب يبنى على المماثلة واستدل عليه بقوله م: (**ومنه يقال : اقتص أثره**) ش: أي تبعه م: (**ومنه المقصة**) ش: وهو المقراض يقال م: (**للجلمين**) ش: الجلم الذي يجز به وهما جلمان، يعني : سميت المقصة مقصة لأن كل واحد من الجلمين يماثل الآخر، وقال شيخي العلاء - رحمة الله عليه - : قوله : «للجلمين »، هكذا بتصحيح شيخي -رحمة الله عليه - . ووقع في النسخ : للحكمين . ولا وجه له لأن الحكم الذي يجريه كما ذكرناه .

م: (**ولا تماثل بين الجـــرح والدق**) ش: لأن الدق يعمل في الباطن دون الظاهر ، والجرح بالسيف يعمل في الظاهر والباطن، والتغريق لا يعمل في الظاهر والباطن جميعًا ، أشار إليه بقوله : م: (**لقصور الثاني**) ش:أي الدق م: (**عن تخريب الظاهر، وكذا لا يتماثلان**) ش: أي الجرح والدق.

م: (**في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر**) ش: وشرعية الزجر في الغالب لا في النادر، ولهذا شرع الحد في شرب الخمر لا في شرب البول.

م: (**وما رواه**) ش: أي ما رواه الشافعي -رحمه الله - من قوله : « **من غرّق غرّقناه** » م: (**غير مرفوع**) ش: أي غير مرفوع إلى النبي ﷺ . وقال الكاكي -رحمه الله- : أي غير ثابت ، وإنما هو من كلام رواية : ولا يلزم التحريق ، وهو منهي. قال ﷺ : « **لا يعذب بالنار إلا رب النار**»[1] .

قلت: قد ذكرنا أن البيهقي رواه مرفوعًا ولكنه ضعيف لا تقوم به الحجة ، وأجاب عنه المصنف بجواب آخر وهو قوله : م: (**أو هو محمول على السياسة**)

ش: هذا جواب بطريق التسليم ، يعني : ولئن سلمنا أنه مرفوع ، ولكنه محمول على السياسة ، وقد مر الكلام فيه عن قريب .

م: (**وقد أومت إليه إضافته إلى نفسه فيه**) ش: أي إشارة إلى الحمل على السياسة إضافة

---

(١) **صحيح** : أخرجه أبو داود [٢٦٧٣] عن أبي زناد الأسلمي عن أبيه . . مرفوعًا ، وأخرجه أيضًا عن الليث عن بكير عن سليمان بن يسار عن أبي هريرة نحو حديث حمزة ، وأخرجه أيضًا عن أبي إسحاق الشيباني عن الحسن سعد عن عبد الرحمن بن عبد الله عن أبيه . . . مرفوعًا .

وإذا امتنع القصاص وجبت الدية ، وهي على العاقلة ، وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة. قال : ومن جرح رجلاً عمداً فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر ، فأضيف إليه . قال : وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلمًا ظن أنه مشرك ، فلا قود عليه ، وعليه الكفارة لأن هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه ، والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ، ويوجب الكفارة ،

النبي ﷺ فعل التغريق إلى نفسه بإسناد الفعل حيث قال : «غرقناه» وقد مر الكلام فيه ، وقيل: هو منسوخ بقوله ﷺ : « لا يعذب بالنار إلا رب النار » وقد ذكرنا أن تمام الحديث: « من حرق حرقناه» . ولا يقال إن بعض حديث واحد منسوخ دون البعض.

م: (**وإذا امتنع القصاص**) ش: أي في التغريق (**وجبت الدية ، وهي على العاقلة**) ش: أي : عاقلة الذي غرق في ثلاث سنين ، لأنه شبه العمد، وقد مر حكم شبه العمد أشار إليه بقوله : م: (**وقد ذكرناه**) ش: أي فيما مضى عند ذكر شبه العمد .

م: (**واختلاف الروايتين في الكفارة**) ش: «اختلاف الروايتين» بالرفع لأنه مبتدأ ، وقوله في الكفارة خبره يعني اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة - رحمه الله - لا في شبه العمد في الكفارة في القتل في المثقل . في رواية : تجب ، وفي رواية : لا تجب ، لا في الدية فإن الدية تجب بلا تردد ، ورواية وجوب الكفارة هي الصحيح .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله -: م: (**ومن جرح رجلاً عمداً فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص**) ش: إلى هذا كلام القدوري - رحمه الله - . وقال المصنف - رحمه الله -: م: (**لوجود السبب**) ش: وهو سفك دم محقون على التأبيد عمداً م: (**وعدم ما يبطل حكمه**) ش: أي : ولعدم ما يبطل حكمه ، أي : حكم الدم المحقون على التأبيد من العفو أو الشبهة م: (**في الظاهر ، فأضيف إليه**) ش: أي إلى الظاهر، لأن الظاهر أنه مات بذلك الكسب لعدم تحلل البرء، فأضيف إليه ، فوجب القصاص .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م: (**وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلمًا ظن أنه مشرك ، فلا قود عليه**) ش: أي فلا قصاص عليه م: (**وعليه الكفارة لأن هذا أحد نوعي الخطأ**) ش:وهو الخطأ في القصد ، م: (**على ما بيناه**) ش: فيما مضى في بيان تقسيم القتل في أول كتاب الجنايات .

م: (**والخطأ بنوعيه**) ش: أي : الخطأ في القصد والخطأ في الفعل ، وقد مر فيما مضى . وقوله : «والخطأ» مبتدأ. وقوله م: (**لا يوجب القود**) ش: خبره : أي القصاص م: (**ويوجب الكفارة،**

وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ، ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبي حذيفة - رضي الله تعالى عنه - قضى رسول الله عليه الصلاة والسلام بالدية ، قالوا : إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين ، فإن كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه الصلاة والسلام: « من كثر سواد قوم فهو منهم ».

وكذا الدية) ش: بالنصب عطفًا على قوله الكفارة ، وكذا يوجب الدية م: (**على ما نطق به نص الكتاب**) ش: وهو قوله - عز وجل - : ﴿ **ومن قتل مؤمنًا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله** ﴾ .

م: (**ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان**) ش: بفتح الياء أول الحروف ، وتخفيف الميم ، وفي آخره نون ، وهو اسم لوالد م: (**أبي حذيفة - رضي الله عنه -**) ش: ولهذا بينه بقوله : أبي حذيفة - رضي الله تعالى عنه - : وهذا بحسب الظاهر على ألسنة الناس . وفي نفس الأمر على ما قال ابن شاهين في «المعجم» : حدثنا عبد الله بن محمد - رحمه الله - قال : حدثني عمر - رضي الله عنه - عن أبي عبيدة - رحمه الله- ، قال : حذيفة بن حنبل - رحمه الله - بن جابوس ابن ربيعة بن عمرو بن اليمان - رضي الله عنه - وإنما قيل : حذيفة بن اليمان - رضي الله عنه - لأنه من بلد اليمان ، من خردة بن الحارث بن قطيعة بن عبس ، مات حذيفة بالمدائن سنة ست وثلاثين .

فاليمان : إن كان اسمًا موضوعًا له يجب أن يجري بوجوب الإعراب ، وإن كان منسوبًا إلى اليمن يجب كسر نونه لأنه حذفت منه ياء النسبة ، وعوض منها الألف ، وبقيت النون على حالها .

وأما قصته : فإنه قتل في غزوة الخندق ، قتله المسلمون وهم يظنون أنه مشرك .

م: (**قضى رسول الله عليه الصلاة والسلام بالدية**) ش: فوهبها حذيفة لهم .

م: (**قالوا**) ش: : أي المشايخ م: (**إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين**) ش: أي المسلمون والكفار م: (**فإن كان**) ش: أي المسلم م: (**في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم . قال عليه الصلاة والسلام**) ش: ، أي قال النبي ﷺ م: («**من كثر سواد قوم فهو منهم**»[1]) ش: هذا الحديث رواه أبو يعلى الموصلي في «مسنده»، حدثنا أبو همام ، حدثنا ابن وهب ، أخبرني بكر بن نصر ، عن عمرو بن الحارث : أن رجلاً دعا عبد الله بن مسعود -رضي الله تعالى عنه - إلى وليمة ، فلما جاء ليدخل سمع لهوًا ، فلم يدخل، فقال له : لم رجعت ؟ قال : إني سمعت رسول الله

---

(١) صحيح : تقدم تخريجه .

قال : ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله ، فعلى الأجنبي ثلث الدية ؛ لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه هدراً في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه ، وفي «النوادر»: أن عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- :يغسل ويصلى عليه ، وعند أبي يوسف -رحمه الله-: يغسل ولا يصلى عليه ، وفي «شرح السير الكبير» ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب «التجنيس» و«المزيد» ، فلم يكن هدراً مطلقًا وكان جنساً آخر ، وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا والآخرة . فصارت ثلاثة أجناس ، فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال ، فيكون

ﷺ يقول : « من كثر سواد قوم فهو منهم ، ومن رضي عمل قوم كان شريك من عمل به » .

وفي «المجتبى » : وهذا حال من كثر سوادهم ولم يتزيا بزيهم ولم يتخلق بأخلاقهم ، فكيف حال المتزيا بزيهم والمتخلق بأخلاقهم في زماننا . وأخرج أبو داود في «سننه» من حديث ابن عمر- رضي الله تعالى عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ : «من تشبه بقوم فهو منهم » .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير » م: (**ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله ، فعلى الأجنبي ثلث الدية ؛ لأن فعل الأسد والحية جنس واحد، لكونه هدراً في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة**) ش: . وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة م: (**حتى يأثم عليه**) ش: ، قال الشافعي - رحمه الله- ، وأحمد - رحمه الله - في قول : يجب على الأجنبي الدية لأنه عمد محض .

م: (**وفي «النوادر» : أن عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله-**) ش: يعني هذا الرجل الذي شج نفسه م: (**يغسل ويصلى عليه ، وعند أبي يوسف - رحمه الله - : يغسل ولا يصلى عليه**) ش: لأنه باغ على نفسه .

م: (**وفي «شرح السير الكبير » : ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب «التجنيس» ، و«المزيد»**) ش: وهما كتابان من جملة مصنفات المصنف ، وفي بعض النسخ : على ما كتبناه .

وفي «تجنيس » المصنف : قال الحلواني : يصلى عليه لأنه لو تاب قبلت توبته ، وقال السعدي : لا يصلى عليه لأنه لا تقبل توبته لما أنه باغ على نفسه .

م: (**فلم يكن**) ش: أي دم الرجل المذكور م: (**هدراً مطلقًا**) ش: يعني في أحكام الدنيا م: (**وكان جنسًا آخر ، وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت**) ش: أي الجناية م: (**ثلاثة أجناس ، فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال**) ش: فعل نفسه ، وفعل الأجنبي ، وفعل الأسد والحية ، م: (**فيكون**

التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية ، والله أعلم بالصواب .

التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم بالصواب) ش: يعني : في ماله ، لأن فعله وقع عمداً ، والعاقلة لا تتحمله .

* * *

فصل

قال : ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه لقوله عليه الصلاة والسلام : « من شهر على المسلمين سيفاً فقد أحل دمه » ، ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه ،ولأنه تعين طريقاً لدفع القتل عن نفسه فله قتله . وقوله :

م: (فصل)

ش: أي : هذا فصل في بيان ما هو بمنزلة التبع للقصاص، وهو القصاص في الأطراف .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير » م: (**ومن شهر على المسلمين سيفًا فعليهم أن يقتلوه لقوله عليه الصلاة والسلام : « من شهر على المسلمين سيفًا فقد أحل دمه »**) ش: هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ، وروى النسائي في «سننه» من حديث طاوس عن ابن الزبير - رضي الله عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ : « **من شهر سيفه ثم وضعه فهو هدر**»[1] .

ومن طريقه رواه الطبراني في «معجمه» ، وزاد : يعني وصعد : ضرب به ، وروى أحمد - رحمه الله- في «مسنده» ، والحاكم في «المستدرك» من حديث عائشة -رضي الله عنها - قالت : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « **من أشار بحديدة إلى أحد من المسلمين يريد قتله وجب دمه** »[2] .

قوله : «أحل دمه» أي : أهدر دمه ، إذا هدره صار دمه مباحًا .

م: (**ولأنه باغ**) ش: أي ولأنه شاهر السيف ، باغ لأنه شهر سيفه عليهم وقصد قتلهم . صار حربًا عليهم فكان باغيًا . م: (**فتسقط عصمته ببغيه**) ش: أي : فبطلت عصمة دمه للمحاربة . قال الله تعالى : ﴿**فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله**﴾ .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن القتل م: (**تعين طريقًا لدفع القتل عن نفسه**) ش: أي عن نفس المشهور عليه فإذا كان كذلك م: (**فله قتله**) ش: أي قتل الشاهر حتى لو أمكنه بطريق آخر لا يسعه قتله ، ولا يعلم فيه خلاف .

م: (**وقوله**) ش: قال الكاكي : أي قال صاحب «المختصر» . قلت: إن أراد بالمختصر

---

(١) ضعيف : رواه النسائي [٤٠٩٧] من طريق الفضل بن موسى عن معمر عن ابن طاوس عن طاوس عن ابن الزبير . . . مرفوعًا وقد رواه أيضًا عبد الرزاق عن معمر . . . به مرفوعًا، وعن ابن جريج عن ابن طاوس . . . وبه موقوفًا ، والفضل بن موسى وإن كان ثقة ثبت إلا أنه كان يغرب، وقد خالفه عبد الرزاق وهو من هو في الحفظ والإتقان ، والحديث ضعفه الألباني -حفظه الله .

(٢) رواه الحاكم (٢/١٥٨) أواخر «كتاب قتال أهل البغي »من طريق سليمان بن بلال عن علقمة عن أمه عن عائشة . . . مرفوعًا ، ولم يشر إلى اسم أم علقمة .

فعليهم ، وقول محمد -رحمه الله- : في «الجامع الصغير » : فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب ، والمعنى : وجوب دفع الضرر . وفي سرقة «الجامع الصغير » : ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً ، أو شهر عليه عصاً ليلاً في مصر ، أو نهاراً في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمداً : فلا شيء عليه لما بينا ، وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وإن كانت تلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل، وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث ، فإذا قتله كان دمه هدراً . قالوا: فإن كان عصا لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما . قال : وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمداً فعليه الدية في ماله . وقال الشافعي -

---

«مختصر القدوري »، فالقدوري لم يذكر هذه المسألة ، وإنما ذكرها في «الجامع الصغير». والصواب ما ذكره تاج الشريعة - رحمه الله - أي قول محمد - رحمه الله - في «المبسوط» . م: (**فعليهم . وقول محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» فحق على المسلمين أن يقتلوه**) ش: والحاصل في هذا : أن لمحمد - رحمه الله - عبارتان : إحداهما التي ذكرها في «المبسوط» بقوله: فعليهم . والأخرى: التي ذكرها في «الجامع الصغير» بقوله : فحق على المسلمين ، والعبارتان تدلان على معنى واحد وهو وجوب قتل الشاهر الباغي المذكور . وقول المصنف : «وقوله» : أي قول محمد : مبتدأ ، وقول محمد عطف عليه .

وقوله : م: (**إشارة**) ش: خبر المبتدأ . أي : يشير القولان بأن قتله واجب م: (**إلى الوجوب والمعنى**) ش: من كلام المصنف ، أي : معنى الوجوب م: (**وجوب دفع الضرر**) ش: لأن دفع الضرر واجب لا أن يكون غير القتل واجبًا . وهذا قتل الحربي لا بعينه ، بل لرفع كلمة الله -عز وجل- .

م: (**وفي سرقة «الجامع الصغير» : ومن شهر على رجل سلاحًا ليلاً أو نهارًا، أو شهر عليه عصًا ليلاً في مصر ، أو نهارًا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدًا ، فلا شيء عليه لما بينا**) ش: إشارة إلى الحديث المذكور وإلى المعنى المعقول .

م: (**وهذا**) ش: أي عدم شيء عليه م: (**لأن السلاح لا يلبث**) ش: يعني ليس فيه مهلة للرفع بغير قتل م: (**فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة ، وإن كانت تلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث**) ش: يعني لا يلحقه من يخلصه منه م: (**فيضطر إلى دفعه بالقتل ، وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث، فإذا قتله كان دمه هدرًا**) ش: يعني لا يلزمه شيء . م: (**قالوا**) ش: أي المشايخ م: (**فإن كان عصًا لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما**) ش: إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد م: (**قال**) ش: أي قال محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**وإن شهر المجنون على غيره سلاحًا فقتله المشهور عليه عمدًا فعليه الدية في ماله، وقال الشافعي -**

رحمه الله- : لا شيء عليه ، وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة . وعن أبي يوسف -رحمه الله-: أنه يجب الضمان في الدابة ، ولا يجب في الصبي والمجنون . للشافعي -رحمه الله- : أنه قتله دفاعاً عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ، ولأنه يصير محمولاً على قتله بفعله فأشبه المكره . ولأبي يوسف -رحمه الله- : أن فعل الدابة غير معتبر أصلاً حتى لو تحقق لا يوجب الضمان . أما فعلهما فمعتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان ، وكذا عصمتهما لحقهما

رحمه الله - : لا شيء عليه) .

وكذا الصبي والدابة على ما يجيء الآن ، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله- وأكثر أهل العلم ، وعند مالك - رحمه الله - في المضطر كذلك . أما لو كان العامل عبدًا أو صيد الحرم لا يضمن بلا خلاف .

م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: المذكور بيننا وبين الشافعي - رحمه الله - : م: (**الصبي**) ش: إذا مال على إنسان م: (**والدابة**) ش: أي للحمل مثلاً أو لغيره صال على إنسان فقتله المصول عليه ، لا يضمن عندنا ، خلافًا للشافعي .

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه يجب الضمان في الدابة ، ولا يجب في الصبي والمجنون**) ش: وقال الطحاوي في «مختصره» : وقال أبو يوسف : إني أستقبح في هذا أن أضمنه قيمته ، يعني في البعير إذا صال على إنسان .

م: (**للشافعي-رحمه الله- : أنه قتله دفاعًا**) ش: أي للشر م: (**عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر، ولأنه**) ش: أي : ولأن المشهور عليه م: (**يصير محمولاً على قتله**) ش: أي : قتل الشاهر م: (**بفعله**) ش: أي بفعل الشاهر م: (**فأشبه المكره**) ش: يعني مع علمه أن هذا الفعل يسقط عصمة دمه ، صار كأنه أكرهه على قتله ، فيكون المشهور عليه مكرهًا بهذا الطريق، هكذا ذكره [. . .].

وقال الأكمل - رحمه الله - : قوله : « فأشبه المكره» ، يعني : أن المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره ، أضيف التلف إلى المكره ، فكذلك المصول عليه . وقيل : معناه فأشبه المكره يعود على المكره فيقتله .

م: (**ولأبي يوسف - رحمه الله - : أن فعل الدابة غير معتبر أصلاً حتى لو تحقق**) ش: أي : فعل الدابة م: (**لا يوجب الضمان**) ش: لقوله ﷺ : « **جرح العجماء جبار** » .

م: (**أما فعلهما**) ش: أي فعل الصبي والمجنون م: (**فمعتبر في الجملة حتى لو حققاه**) ش: أي : الفعل وأتلفا مالاً أو نفسًا م: (**يجب عليهما الضمان ، وكذا عصمتهما**) ش: أي : عصمة الصبي ، والمجنون م: (**لحقهما**) ش: أي لأنفسهما لا لحق الغير .

وعصمة الدابة لحق مالكها ، فكان فعلهما مسقطاً للعصمة دون فعل الدابة . ولنا أنه قتل شخصاً معصوماً أو أتلف مالاً معصوماً حقاً للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً . وكذا فعلهما وإن كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ، ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لأن له اختياراً صحيحاً ، وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيح ، وهو دفع الشر فتجب الدية . قال : ومن شهر على غيره سلاحاً في المصر فضربه ثم قتله الآخر ، فعلى القاتل القصاص . معناه: إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون محارباً بالانصراف فعادت عصمته .

م: **(وعصمة الدابة لحق مالكها ، فكان فعلهما مسقطًا للعصمة دون فعل الدابة . ولنا : أنه)** ش: أي: أن المشهور عليه م: **(قتل شخصًا معصومًا)** ش: بالعصمة الأبدية م: **(أو أتلف مالاً معصومًا حقًا للمالك)** ش: فيجب الضمان . م: **(وفعل الدابة لا يصلح مسقطًا)** ش: للعصمة الثابتة حقًا للمالك ، والأذى وجد في الدابة لا من المالك ، فلا يجب بطلان العصمة الثابتة للمالك ولا يرد عليه العبد الصائل لأن عصمة دم العمد تثبت حقًا له ، ولهذا ليس للمولى سفك دمه وأما صيد الحرم فلأن عصمته إنما تثبت بالشرع لحرمته أو لحرمة الحرم مؤقتًا ، أي : إلى غاية الأذى ، فإذا وجد الأذى من جهته لم يبق معصومًا .

م: **(وكذا فعلهما)** ش: أي : وكذا فعل الصبي والمجنون لا يصلح مسقطًا م: **(وإن كانت عصمتهما حقهما)** ش: يعني لأنفسهما لا لحق الغير م: **(لعدم اختيار صحيح ، ولهذا)** ش: أي : ولأجل عدم الاختيار الصحيح منهما م: **(لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما)** ش: أي من الصبي والمجنون .

م: **(بخلاف العاقل البالغ ؟ لأن له اختياراً صحيحًا)** ش: فيجب القتل بتحقق الفعل منه م: **(وإنما لا يجب القصاص)** ش: على المشهور عليه م: **(لوجود المبيح ، وهو دفع الشر)** ش: فإذا لم يجب القصاص م: **(فتجب الدية)** ش: فصار كأكل مال الغير حال المخمصة ، فإنه يحل ويجب الضمان فكذا هنا .

م: **(قال)** ش: أي قال محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م: **(ومن شهر على غيره سلاحًا في المصر فضربه)** ش: أي : الشاهر م: **(ثم قتله الآخر ، فعلى القاتل القصاص)** ش: . وقال المصنف - رحمه الله - م: **(معناه)** ش: أي معنى هذا م: **(إذا ضربه فانصرف)** ش: يعني أشهر سيفه وضربه ، ثم انصرف وترك الضرب ثم قتله المشهور عليه ، فعليه القصاص ولا قصاص على الشاهر ؛ م: **(لأنه خرج من أن يكون محاربًا بالانصراف فعادت عصمته)** ش: لأنه لما شهر حل دمه دفعًا لشره فلما لم يقتله وكف عنه ، اندفع شره وعادت عصمته فعلى القاتل القصاص .

قال : ومن دخل عليه غيره ليلاً وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه الصلاة والسلام : «قاتل دون مالك». ولأنه يباح له القتل دفعاً في الابتداء ، فكذا استرداداً في الانتهاء . وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل والله أعلم .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» م: (**ومن دخل عليه غيره ليلاً وأخرج السرقة**) ش: أي : التي سرقها م: (**فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه الصلاة والسلام : « قاتل دون مالك »**) ش: هذا جواب من حديث طويل أخرجه البخاري - رحمه الله - في تاريخه الأوسط» ، عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : أتى رجل إلى النبي ﷺ ، الحديث ، وفيه : «**قاتل دون مالك**» .

روى مسلم عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال : أرأيت إن جاء رجل يريد أن يأخذ مالي ؟ ، قال : « **فلا تعطه مالك** ». قال : أرأيت إن قاتلني ؟ قال : «**قاتله**» ، قال : أرأيت إن قتلني؟ قال : «**أنت شهيد**» . قال : أرأيت إن قتلته ؟ قال : «**هو في النار**» . م: (**ولأنه**) ش: أي : ولأن المدخل عليه ليلاً م: (**يباح له القتل**) ش: أي قتل الداخل م: (**دفعًا في الابتداء**) ش: أي : دفعًا لشره في ابتداء الأمر م: (**فكذا استردادًا**) ش: أي : فكذا له القتل لأجل استرداد ما أخذه م: (**في الانتهاء**) ش: لأنه أسهل في الابتداء .

وقال المصنف - رحمه الله - : م: (**وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل والله أعلم**) ش: يعني : فحينئذ يباح له القتل ، وأما إذا علم أنه لو صاح به يترك ما أخذه ويذهب فلم يفعل هكذا ، ولكن إن قتله كان عليه القصاص لأنه قتله بغير حق ، كالمالك إذا قتل الغاصب؛ لأنه يتمكن من استرداد المال من يده بدون القتل ، كذا ذكره فخر الدين قاضي خان .

والعجب من الأترازي : أنه قال : الأصل في هذا ما روى الترمذي في «جامعه» بإسناده إلى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل ، عن النبي ﷺ قال : «**من قتل دون ماله فهو شهيد**» الحديث . قال : وذكر مسلم أيضًا بإسناده إلى عبد الله بن عمر - رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ قال : « **من قتل دون ماله فهو شهيد** » . فمن أين يؤخذ من هذا الحديث جواز قتل من دخل عليه ليلاً وأخرج ما أخذه ؟ ، فالمصنف استدل بالحديث الذي ذكرناه ، وكان ينبغي أن يستدل بالحديث المذكور في المتن ، وبين وجهه ، فالظاهر أنه لم يقف عليه واستدل بالحديث الذي ذكره بالجر الثقيل ، وهذا ينافي دعواه الطويلة العريضة في هذا الباب ، والله أعلم .

* * *

باب القصاص فيما دون النفس

قال : ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل قطعت يده ، وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى : ﴿ والجروح قصاص ﴾ وهو ينبئ عن المماثلة ، فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص ، وما لا فلا .

م: (**باب القصاص فيما دون النفس**)

ش : أي : هذا باب في بيان أحكام القصاص فيما دون النفس وهو الأطراف لأنه لما ذكر أحكام النفس أعقبها ببيان حكم ما دون النفس ، والجزء يتبع الكل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل قطعت يده**) ش: هذا كلام القدوري - رحمه الله - ، وقال المصنف : م: (**وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة**) ش: أي : وإن كانت يد القاطع أكبر من يد المقطوع ، وقال الكرخي في «مختصره» : وكل عمد بآلة جارحة من مفصل ففيه القصاص ، وما كان من غير المفاصل فلا قصاص فيه . فإذا بان الكف من الزند ومن مفصل الذراع أو القدم من مفصل القدم أو إصبعًا في الكف من المفصل ، أو مفصلاً من مفاصل الإصبع ، ففيه القصاص وسواء كانت الجناية فيما دون النفس بسلاح أو غيره وذلك سواء ، وفيه القصاص إذا اعتمد ذلك م: (**لقوله تعالى : ﴿والجروح قصاص ﴾**) ش: وفي «الإيضاح» : وغيره : القصاص فيما دون النفس مشروع بهذه الآية لحديث ربيع عمة أنس بن مالك : «أنها كسرت سن جارية من الأنصار فأتوا النبي ﷺ فأمر بالقصاص » وهو مشهور وبإجماع الأئمة - رضي الله عنهم .

م: (**وهو**) ش: أي القصاص م: (**ينبئ عن المماثلة فكل ما أمكن رعايتها فيه**) ش: أي : في رعاية المماثلة فيه م: (**يجب فيه القصاص ، وما لا فلا**) ش: أي : وما لم يكن فيه رعاية المماثلة فلا يجب القصاص كما إذا كسر عظمًا أو ساعداً أو كسر ضلعًا أو ترقوة أو ما أشبه ذلك ففيه حكومة عدل ، وإذا أجرى الأطراف مجرى الأموال ، اعتبرت المماثلة ولأنهم أجمعوا أن الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء ولا بالنشاء قصة الأصابع لعدم المماثلة ، وأجمعوا أيضًا أن اليمنى لا تؤخذ باليسرى ، ولا اليسرى باليمنى ، ولا يؤخذ شيء من الأعضاء إلا بمثله من القاطع ، الإبهام بالإبهام ، والسبابة بالسبابة ، والوسطى بالوسطى ، والخنصر بالخنصر ، والبنصر بالبنصر . وكذلك الأسنان : الثنية بالثنية ، والناب بالناب، والضرس بالضرس . ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل، ولا الأسفل بالأعلى .

وكذلك الشجاج والجراحات لا تقتضي فيما يجب القصاص منه إلا في موضع الشجة والجراحة في المشجوج والمجروح .

وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها ؛ لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك ، وكذلك الرجل ومارن الأنف والأذن لإمكان رعاية المماثلة . قال : ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع ، وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ما قال في الكتاب : تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها ، وهو مأثور عن جماعة من الصحابة -رضي الله عنهم- .

م: (**وقد أمكن في القطع**) ش: أي في قطع اليد م: (**من المفصل فاعتبر**) ش: لإمكان م: (**ولا معتبر بكبر اليد وصغرها ؛ لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك**) ش: أي : بكونها صغيرة أو كبيرة لأن منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بالصغر والكبر ، ولا يعلم فيه خلاف .

قال القدوري م: (**وكذلك الرجل**) ش: أي : وكذلك يجب القصاص إذا قطع رجل إنسان عمداً من مفصل م: (**ومارن الأنف**) ش: وهو ما لان منه م: (**والأذن لإمكان رعاية المماثلة)** ش: وإنما قيد بالمارن لأنه إذا قطع قصبة الأنف لا يجب القصاص لأنها عظم ، ولا قصاص في العظم سوى السن ، وأما الأذن إذا قطع كلها وجب القصاص لإمكان المماثلة ، وإن قطع بعضها . والقطع : حد يعرف أمكنه المماثلة فيجب القصاص ، وإن لم يكن يعرف سقط القصاص كذا ذكره القدوري في «شرحه» .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع ، وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ما قال في الكتاب**) ش: أي القدوري -رحمه الله - : م: (**تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها ، وهو مأثور عن جماعة من الصحابة - رضي الله عنهم-**) ش: هذا الحكم بهذه الصورة نقلت عن جماعة من الصحابة - رضي الله عنهم .

قال القدوري -رحمه الله - في «شرحه» : روي أن علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه - حكم بذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف لأن هذا حدث في زمن عثمان - رضي الله تعالى عنه - ، فسأل عنه الصحابة - رضي الله عنهم - فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء علي - رضي الله تعالى عنه - ، فقضى بذلك ، وعمل عليه عثمان - رضي الله تعالى عنه .

وروى عبد الرزاق في «مصنفه» : أخبرنا معمر عن رجل ، عن الحكم ابن علية ، قال لهم رجل رجلاً فذهب بصره وعينه قائمة ، فأرادوا أن يقيدوا منه ما عليه وعليهم وعلى الناس كيف يقيدونه ، وجعلوا لا يدرون كيف يصنعون؟ ، فأتاهم علي - رضي الله تعالى عنه - فأمر أن يجعل على عينه كرسف ، ثم استقبل به الشمس وأدنى من عينه مرآة ، فقطع بصره وعينه قائمة .

قال : وفي السن القصاص لقوله تعالى : ﴿ والسن بالسن ﴾ وإن كانت سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر . قال : وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلوناه . قال : ولا قصاص في عظم إلا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود -رضي الله عنهما- ،

وفي «المحيط» : لا قصاص في العين إذا قورت وانخسفت، ولو كانت قائمة ذهب ضوؤها يجب القصاص .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : لا يجب القصاص، وقالت الأئمة الثلاثة : تقلع عينه لقوله تعالى : ﴿ **العين بالعين** ﴾ .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**وفي السن القصاص لقوله تعالى :** ﴿**والسن بالسن**﴾ **وإن كانت**) ش: حكم إن واصلة بما قبله م: (**سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر**) ش: ومنفعة السن القطع في الثنايا، والطحن في الأضراس لا يختلف .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلوناه**) ش: إشارة إلى قوله تعالى : ﴿ **والجروح قصاص** ﴾ .

وفي بعض النسخ : «لما ذكرنا» إشارة إلى قوله ، وهي تنبئ عن المماثلة ، وقال الكرخي - رحمه الله - في «مختصره» : والشجاج كلها لا قصاص فيها إلا الموضحة، والسمحاق إن أمكن القصاص في السمحاق ، وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - ، والسمحاق : هي التي بينها وبين العظم وجلده .

وقال محمد - رحمه الله - في الأصل إن القصاص يجب في الموضحة والسمحاق والرامية والباضعة وما فوق الموضحة وهي الهاشمة والمثقلة والأمة ، ولا قصاص فيها عند أحمد - رحمه الله - من أهل العلم .

م: (**قال**) ش: القدوري - رحمه الله - م: (**ولا قصاص في عظم إلا في السن وهذا اللفظ**) ش: أي قولهم : ولا قصاص في عظم إلا في السن م: (**مروي عن عمر وابن مسعود - رضي الله عنهما-**) ش: هذا اللفظ غريب .

وقال الأترازي - رحمه الله - : قال القدوري - رحمه الله - : في«شرحه»: المروي عن ابن مسعود - رضي الله تعالى عنه - أنه قال : لا قصاص في عظم إلا في السن . وعن عمر - رضي الله عنه - أنه قال : لا قصاص في عظم .

وقال عليه الصلاة والسلام : « لا قصاص في عظم » ، والمراد غير السن . ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد ، ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيتماثلان . قال:وليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ ؛ لأن شبه العمد يعود إلى الآلة ، والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس ؛ لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة

قلت : روى ابن أبي شيبة - رضي الله عنه - في «مصنفه» حدثنا حفص عن أشعث ، عن الشعبي والحسن قال : ليس في العظام قصاص ما خلا السن والرأس انتهى . فإن كان السن عظمًا فل الاستثناء ، ولا بد من فرق بينهما وبين غيرهما من العظام، وهو إمكان القصاص فيها بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها ، أو إلى أصلها إن قلعها ، ولا يقلع لتعذر المماثلة ، فربما يفسد به لسانه ، كذا في «المبسوط».

وإن كان غير عظم ، كما أشار إليه بقوله عليه السلام : **« لا قصاص في عظم»** لم يستثن السن ، فالاستثناء منقطع .

وقد اختلف الأطباء في ذلك فمنهم من قال : هو طرف عصب يابس لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ، ومنهم من قال : هو عظم وكأنه وقع ، عند المصنف أنه عظم حتى قال المراد منه غير السن .

م: (**وقال عليه الصلاة والسلام : «لا قصاص في عظم »**) ش: هذا غريب ولم يثبت . وروى ابن أبي شيبة - رحمه الله - في« مصنفه» : حدثنا حفص بن غياث عن حجاج عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - قال : ليس في العظام قصاص . وأخرج نحوه عن الشعبي والحسن - رحمهما الله .

م: (**والمراد غير السن**) ش: أي المراد من قوله عليه السلام : **« لا قصاص في العظم غير السن »**، لقوله تعالى : ﴿ **والسن بالسن** ﴾ . م: (**ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد، ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيتماثلان**) ش: فيبرد من سن الجاني بقدر ذلك ولا يقلع لما ذكرنا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وليس فيما دون النفس شبه عمد، إنما هو عمد أو خطأ لأن شبه العمد يعود إلى الآلة**) ش: أي لأن شبه العمد في النفس إنما يثبت بالنظر إلى الآلة ، لأن الآلة لم توضع للقتل ، فلم يجب القصاص ، بل تجب الدية المغلظة نظرًا إلى المتعمد .

م: (**والقتل هو الذي يختلف باختلافها**) ش: أي باختلاف الآلة م: (**دون ما دون النفس ؛ لأنه لا يختلف إتلافه**) ش: أي إتلاف ما دون النفس م: (**باختلاف الآلة**) ش: يعني يستوي السلاح وغير

فلم يبق إلا العمد والخطأ . ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ، ولا بين الحر والعبد، ولا بين العبدين خلافاً للشافعي - رحمه الله- في جميع ذلك إلا في الحر يقطع طرف العبد ، ويعتبر الأطراف بالأنفس لكونها تابعة لها . ولنا : أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال ، فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة ، وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع ، فأمكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش ؛

السلاح في إتلافه ، فإذا تعمد بأي شيء كان سلاحًا أو غير سلاح ، فما بان من المفصل يجب القصاص ، فماذا كانت الإبانة من غير تعمد الأرش ، ولكن لا يجب القصاص فيما دون النفس حتى يبرأ منه أو يموت ، ولا يعجل بل يترقب خلافًا للشافعي - رحمه الله- ، ذكره في «الأسرار» وغيره .

فإذا كان الأمر كذلك م: (**فلم يبق إلا العمد والخطأ**) ش: وكان المصنف - رحمه الله- قد ذكر هذا فيما مضى ، لكنه ذكر هناك أنه عمد ، وهنا أنه عمد أو خطأ ، فيحمل الأول على أن المراد به إن أمكن القصاص ، وذلك لأنه شبه العمد إذا حصل فيما دون النفس ، وإن أمكن القصاص جعله عمدًا وإن لم يمكن جعل خطأ ، ووجب الأرش .

م: (**ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس، ولا بين الحر والعبد، ولا بين العبدين**) ش: أي في حق الطرف ، لا في حق النفس م: (**خلافًا للشافعي - رحمه الله - في جميع ذلك**) ش: وبه قال مالك وأحمد وإسحاق - رحمهم الله .

م: (**إلا في الحر يقطع طرف العبد**) ش: فإنه لا يجرى القصاص على الحر عنده هو أيضًا أي الشافعي - رحمه الله - م: (**ويعتبر الأطراف بالأنفس لكونها**) ش: أي لكون الأطراف م: (**تابعة لها**) ش: أي للأنفس .

م: (**ولنا : أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال**) ش: لكونها وقاية للأنفس كالأموال م: (**فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة**) ش: يعني في العبد ، ومبنى القصاص على المساواة ، ولا مساواة في الأطراف بين العبد .

م: (**وهو**) ش: أي التفاوت م: (**معلوم قطعًا بتقويم الشرع**) ش: فإن الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعًا ويقينًا ، لا تبلغ قيمة العبد إلى ذلك ، فإن بلغت كان بالحذر والظن فلا تكون مساوية ليد الحر يقينًا ، فإذا كان التفاوت معلومًا قطعًا م: (**فأمكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش**) ش: لأن التفاوت بين طرفي المرأة وطرف الرجل ظاهر ؛ لأن يد المرأة تصلح لنوع من المنافع لا تصلح ليد الرجل ، فصارت كاليمين واليسار .

لأنه لا ضابط له ، فاعتبر أصله وبخلاف الأنفس ؛ لأن المتلف إزهاق الروح ولا تفاوت فيه . ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الأرش . قال : ومن قطع يد رجل من نصف الساعد ، أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه ؛ لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه ، إذ الأول كسر العظم ولا ضابط فيه . وكذا البرء نادر ، فيفضي الثاني إلى الهلاك ظاهراً .

قال : وإذا كانت يد المقطوع صحيحة ، ويد القاطع

م: (لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله) ش: أي أصل البطش .

فإن قيل : إن استقام في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لإمكان التساوي في قيمتها بتقويم المقومين؟ .

وأجيب : بأن التساوي إنما يكون بالحذر والظن والمماثلة المشروطة شرعًا لا تثبت بذلك كالمماثلة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها .

م: (وبخلاف الأنفس) ش: حيث لا يسلك بها مسلك الأموال م: (لأن المتلف) ش: وفي نسخة شيخي العلاء -رحمة الله عليه- : « لأن المتعلق» م: (إزهاق الروح ولا تفاوت فيه) ش: أي في إزهاق الروح .

م: (ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما) ش: أي في المسلم والكافر م: (في الأرش) ش: أي في أرش الطرف فصار كالحرين المسلمين .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (ومن قطع يد رجل من نصف الساعد ، أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه) ش:بل يجب حكومة عدل م: (لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه ، إذ الأول) ش: أي : لأن الأول وهو القطع من نصف الساعد م: (كسر العظم) ش: لأن الفعل وقع فيه ليس له حد معلوم وينتهي إليه القطع .

م: (ولا ضابط فيه) ش: أي في كسر العظم ، وفي بعض النسخ ولا ضابط في الثاني وهو الجرح الجائفة ، لأنها تصل إلى البطن من الصدر والظهر م: (وكذا البرء نادر) ش: أي في الجائفة والهلاك فيهما غالب ، فلا يمكن المماثلة بين الثانية والأولى لوجوب البرء في الأولى دون الثانية ، فإذا اقتص م: (فيفضي الثاني) ش: وهو الجرح الجائفة م: (إلى الهلاك ظاهراً) ش: فلا يجب القصاص لانتفاء شروط القصاص، بل يجب ثلث الدية في ماله، ولا تكون الجائفة إلا فيما يصل إلى البطن ، ولا يكون في الرقبة ، ولا في الحلق، ولا في اليدين، ولا في الرجلين . فإن كانت الجراحة بين الاثنين والمدية فهي جائفة ، ذكره القدوري -رحمه الله- في «شرحه» .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (وإذا كانت يد المقطوع صحيحة ، ويد القاطع

شلاء أو ناقصة الأصابع ، فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ، ولا شيء له غيرها . وإن شاء أخذ الأرش كاملاً ؛ لأن استيفاء الحق متعذر ، فله أن يتجوز بدون حقه . وله أن يعدل إلى العوض كالمثلي إذا انصرم على أيدي الناس بعد الإتلاف . ثم إذا استوفاها ناقصاً فقد رضي به فيسقط حقه كما إذا رضي بالرديء مكان الجيد ولو سقطت المؤنة قبل اختيار المجني عليه أو قطعت ظلماً فلا شيء له عندنا لأن حقه متعين في القصاص ، وإنما ينتقل إلى المال باختياره ، فيسقط بفواته

شلاء أو ناقصة الأصابع ، فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ، ولا شيء له غيرها، وإن شاء أخذ الأرش كاملاً) ش: ولا يعلم فيه خلاف في الشلاء ، وفي ناقصة الأصابع ليس له مع القطع أرش أو كروبة .

قال أبو بكر الحنبلي : وقال الشافعي ، ومالك ، وأحمد - رحمهم الله - فالمقطوع يجوز له أن يقتص ويأخذ أرش المعقود ، وله أن يعفو ويأخذ دية اليد كاملة ، وذكر في «المبسوط» . وقال الشافعي - رحمه الله - : له الأرش مطلقًا ، ولم يفرق بين الشلل ونقصان الأصابع .

م: **(لأن استيفاء الحق متعذر ، فله أن يتجوز بدون حقه)** ش: ويرضى بقطع المعيبة . م: **(وله أن يعدل إلى العوض)** ش: وهو الأرش ومثله في ذلك م: **(كالمثلي إذا انصرم)** ش: أي إذا انقطع م: **(على أيدي الناس بعد الإتلاف)** ش: صورته رجل أتلف على رجل ماله مثلي فانقطع عن أيدي الناس فلم يبق منه إلا هو ناقص الصفة عن المتلف، فصاحب الحق بالخيار إن شاء أخذ الموجود، وإن شاء عدل إلى القيمة ، لأنه لم يقدر على استيفاء جنس حقه بكماله فكذا هذا .

م: **(ثم إذا استوفاها ناقصًا فقد رضي به)** ش: أي ثم إذا استوفى المقطوع قطع اليد الناقصة فقد رضي بحقه م: **(فيسقط حقه كما إذا رضي بالرديء مكان الجيد)** ش: في المثلي إذا انقطع .

م: **(ولو سقطت المؤنة)** ش: أي اليد التي أصابتها الإصابة وهي الشلاء م: **(قبل اختيار المجني عليه)** ش: أخذها م: **(أو قطعت ظلمًا)** ش: أي أو قطعت المعروفة ، أي الشلاء، من جهة الظلم م: **(فلا شيء له عندنا)** ش: ،احترز به عن قول الشافعي وأحمد - رحمهما الله - ؛ لأن عندهما تجب الدية .

م: **(لأن حقه متعين في القصاص)** ش: فيه لأنه متعين باليد بدلالة ليس له العدول إلى الأرش مع القدرة م: **(وإنما ينتقل)** ش: أي حقه م: **(إلى المال باختياره)** ش: لأجل العيب م: **(فيسقط بفواته)** ش: يعني إذا لم يحترز حتى تلف، فتسقط بفواته ، لأن ما تعلق به حقه قد هلك ، فيسقط بفواته وصار كالصحيحة إذا تلفت .

بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة ، حيث يجب عليه الأرش ؛ لأنه أوفى به حقاً مستحقاً فصارت سالمة له معنى . قال : ومن شج رجلاً فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه ، وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج ، فالمشجوج بالخيار إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من أي الجانبين شاء ، وإن شاء أخذ الأرش . لأن الشجة موجبة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين بزيادتها . وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ،

م: (**بخلاف ما إذا قطعت**) ش: اليد الشلاء م: (**بحق عليه**) ش: أي بحق م: (**من قصاص أو سرقة، حيث يجب عليه الأرش لأنه أوفى به حقًا مستحقًا فصارت**) ش: أي يد القاطع م: (**سالمة له معنى**) ش: من حيث المعنى ، لا من حيث الصورة إيضاح هذا : إذا ذهبت الجارية معيبة قبل أن يختار المجني عليه أخذها ، فالكلام فيه على وجهين :

- فإن قطعت يده بحق عليه مثل أن يقتص منها ، أو يقطع في سرقة فعليه أرش اليد المقطوعة .

- ولئن تلفت يده بغير حق عليه سقط حق صاحب القصاص مثل أن يقطعها رجل ظلمًا أو تتلف بآفة سماوية .

وقال الشافعي - رحمه الله - : يجب الأرش في الوجهين ، لا يقال : إنه كان مخيرًا بين أمرين ، فإذا مات أحدهما تعين على الآخر لأن حقه لم يثبت إلا في اليد، وكان له أن يعدل عن هذا الحق أي يد له ، فإذا أتلف لم يجز له المطالبة بالسر له عنه مع تلفه ، كذا في «شرح مختصر الكرخي» - رحمه الله .

وقال صاحب «المجتبى» : وعلى هذا السن والأطراف التي يجب فيها القصاص إذا كان طرف الضارب والقاطع معيبة ، يتخير المجني عليه بين أخذ الدية كاملة، وبين استيفاء المعيبة .

وقال برهان الأئمة والد الصدر الشهيد - رحمهما الله - : هذا إذا كانت الشلاء لا ينتفع بها، لا يكون محلاً للقصاص ، فله دية كاملة من غير خيار ، وعليه الفتوى .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**ومن شج رجلاً فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه**) ش: أي ما بين ناحيتيه م: (**وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج ، فالمشجوج بالخيار إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من أي الجانبين شاء ، وإن شاء أخذ الأرش**) ش: أي هذا لفظ القدوري - رحمه الله - .
وقال المصنف : م: (**لأن الشجة موجبة**) ش: للقصاص م: (**لكونها مشينة فقط**) ش: أي مقبحة ، من الشين وهو التقبيح م: (**فيزداد الشين بزيادتها**) ش: أي بزيادة الشجة .

م: (**وفي استيفائه**) ش: أي وفي استيعاب المشجوج م: (**ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل**)

ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة ، وفي عكسه يخير أيضاً ؛ لأنه يتعذر الاستيفاء كملاً للتعدي إلى غير حقه، وكذا إذا كانت الشجة في طول الرأس ، وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه ولا تبلغ إلى قفا الشاج ، فهو بالخيار لأن المعنى لا يختلف . قال : ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر . وعن أبي يوسف - رحمه الله- :أنه إذا قطع من أصله يجب لأنه يمكن اعتبار المساواة . ولنا : أنه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة . إلا أن تقطع الحشفة لأن موضع القطع معلوم كالمفصل ،

ش: ، يعني : إذا كان رأس الشاج كبيراً م:(**ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص**) ش: يعني ينتقص حق المشجوج إذا لم تستوعب الشجة ما بين قرني الشاج إذا كان رأسه صغيراً ، فإذا كان كذلك م: (**فيخير**) ش: أي المشجوج رأسه بين الاقتصاص بمقدار شجته وبين أخذ الأرش م: (**كما في الشلاء والصحيحة . وفي عكسه**) ش: أي : وفيما إذا كان رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج ، م: (**يخير أيضًا ؛ لأنه يتعذر الاستيفاء كملاً للتعدي إلى غير حقه**) ش: لأنه يكون الشين في الثانية أزيد من الأولى .

م: (**وكذا**) ش: أي بالخيار م: (**إذا كانت الشجة في طول الرأس، وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه، ولا تبلغ إلى قفا الشاج فهو بالخيار**) ش: أي المشجوج بالخيار م: (**لأن المعنى لا يختلف**) ش: أي المعنى الموجب للتخيير بين أرش الموضحة وبين الاقتصاص بالشجة لا يختلف .

وقال الكاكي - رحمه الله - : قوله : لأن المعنى لا يختلف : وهو أن بلوغه إلى قفاه زيادة على ما فعل ، وباستيفائه حقه لا يلحق الشين .

م: (**قال**) ش: أي قال القدوري - رحمه الله - : م: (**ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر**) ش: هذا الذي ذكره القدوري -رحمه الله - في رواية الأصل .

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله -**) ش: رواه بشر عنه : م: (**أنه إذا قطع من أصله يجب**) ش: أي القصاص ؛ م: (**لأنه يمكن اعتبار المساواة**) ش: وبقول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله .

وقال مالك - رحمه الله - في رواية ، وأبو إسحاق من أصحاب الشافعي - رحمه الله - في اللسان ، وقال الشافعي ومالك - رحمهما الله - في رواية ، وأحمد - رحمه الله - في رواية : يجب القود في الكل وفي البعض بقدره .

م: (**ولنا: أنه**) ش: أي أن اللسان م: (**ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة ، إلا أن تقطع الحشفة لأن موضع القطع معلوم**) ش: لأن هناك حد يقع فيه القصاص م: (**كالمفصل**) ش: لأن موضع

ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لأن البعض لا يعلم مقداره بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه لأنه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف ، فيمكن اعتبار المساواة ، والشفة إذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة ، بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها .

القطع فيه معلوم م: (**ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لأن البعض لا يعلم مقداره**) ش: فتبقى المساواة .

وعند الأئمة الثلاثة : يؤخذ بعضه ببعض ، ويعتبر ذلك بالأجزاء دون المساحة ، فيؤخذ النصف بالنصف ، والربع بالربع ، وما زاد ونقص في حساب من ذلك كما في الأذن والأنف .

م: (**بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه لأنه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف، فيمكن اعتبار المساواة**) ش: عن بعض أصحاب الشافعي - رحمه الله - : لا يجب القود في بعض الأذن .

وحكي عن مالك - رحمه الله - أنه لا تؤخذ أذن السمع بأذن الأصم ، ولو قطع الختان أو بعض الحشفة في الصبي أو في العبد ، فعليه حكومة عدل . وإن قطع الحشفة كلها فإن برأ فعليه في العبد كمال القيمة ، والصبي كمال الدية . فإذا مات ففي الصبي نصف الدية . وفي العبد نصف القيمة .

م: (**والشفة إذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة ، بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها**) ش: أي اعتبار المساواة . وبه قالت الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - ، واختار أبو حامد -رحمه الله - من أصحاب الشافعي - رحمه الله - : أنه لا يجب القود، وفي «شرح الطحاوي » : إذا قطع شفة رجل ، وكان يستطاع أن يقتص منه فعليه القصاص السفلى بالسفلى والعليا بالعليا، ولا تؤخذ السفلى بالعليا ولا العليا بالسفلى .



فصل

قال : وإذا اصطلح القـاتل وأولياء القتيل على مـال سقط القصاص ، ووجب المال قلـيلاً كان أو كثيراً لقوله تعالى : ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء ﴾ الأية ، على ما قيل : نزلت الآية في الصلح .

وقوله عليه الصلاة والسلام : «من قتل له قتيل » الحديث ،

م: (فصل)

ش: أي : هذا فصل في بيان أحكام الصلح في القـصـاص، وفي بيـان العفو عنه ، وأخر ذكرهما عن بيان القصاص لأنهما لا يتبعانه إلا بعد وجوب القصاص .

م: (**قال : وإذا اصطلح القاتل وأوليـاء القتيل على مال سقط القصـاص ، ووجب المال قليلاً كان أو كثيراً**) ش: هذا لفظ القـدوري - رحمه الله - . وقـال المصنف - رحمه الله - : م: (**لقوله تعالى : ﴿فمن عفي له من أخيه شيء ﴾ الآية ، على ما قيل : نزلت الآية في الصلح**) ش: يعني الآية نزلت على قـول ابن عبـاس - رضي الله عنهـمـا - ، والحسن البـصـري ، والضحـاك - رحـمـهـمـا الله - ، ومجاهد في الصلح ، أي فمن أعطى على سهولة ويريد به ولي القتيل ، يقال : خذ ما أتاك عفواً أي سهلاً .

وقوله : ﴿**من أخيه شيء** ﴾ : أي من جهة أخيه المقتول، وقوله ﴿**شيء**﴾ : أي شيء من المال بطريق الصلح وتكره لأنه بحصول القدر فإنه يتعذر بما تراضيا عليه .

وقـوله تـعـالى : ﴿ **فاتبـاع بالمعروف** ﴾ أي : فله اتبـاع ، أي: فلولي القـتيل اتباع المصـالح بالمعروف، أي: مطالبة بدل الصلح على مماثلة وحسن معاملة .

وقوله تعالى : ﴿ **وأداء إليه بإحسان** ﴾ أي : على المصالح إذا أدى إلى ولي القتيل بإحسان في الأداء ، وقال جماعة وهو مروي عن عمر وابن مسعود - رضي الله تعالى عنهما - : الآية نزلت في عفو بعض الأولياء .

ويدل عليـه قوله : شيء ، فـإنه يراد به البـعض ، وتـقـديره : فـمن عـفي عنه وهو القـاتل من أخيه في الدين ، وهو المقتول شيء من القصـاص ، بأن كان للقتيل أولياء فعفا بعضـهم فقد بقي نصيب الباقين مـالاً ، وهو الدية على قدر حصصـهم في الميراث، وهو قوله : ﴿ **فاتباع بالمعروف** ﴾ أي فليتبع الذين لم يعفوا عن القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أي بقدر حقوقهم من غير زيادة .

وقوله : ﴿ **وأداء إليه بإحسان** ﴾ أي القاتل إلى غير الموفي حقه وافيًا غير ناقص .

م: (**وقوله عليـه الصلاة والسلام**) ش: أي وقـول النبي ﷺ : م: (« **من قتل له قـتيل» الحديث**)

والمراد- والله أعلم -الأخذ بالرضا على ما بيناه ، وهو الصلح بعينه ، ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفواً ، فكذا تعويضاً لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء ؛

ش: هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة - رحمهم الله - في كتبهم ، عن يحيى بن كثير -رحمه الله- ، عن أبي سلمة - رضي الله عنه - ، عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : لما فتح الله على رسوله ﷺ مكة ، قام في الناس فحمد الله وأثنى عليه ، الحديث بطوله ، وفي آخره : «**ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين : إما أن يعطى الدية ، وإما أن يقاد أهل القتيل**».

هذا لفظ مسلم في كتاب الحج .

ولفظ البخاري في كتاب العلم : « **إما أن يعقل ، وإما أن يقاد لأهل القتيل** » ، ولفظه في [موضع آخر] : « **إما أن يفدي ، وإما أن يقيد** » . ولفظه في الديات : « **إما أن يؤدي ، وإما أن يقاد** » .

ولفظ الترمذي : « **وإما أن يعفو ، وإما أن يقتل** » .

ولفظ النسائي في القود : « **إما أن يقاد ، وإما أن يفدي** » .

ولفظ ابن ماجة : « **إما أن يقتل ، وإما أن يفدي** » .

م: (**والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا**) ش: أي برضا القاتل م: (**على ما بيناه**) ش: أي في أول الكتاب ، أي عندها ليس لولي القتيل أخذ الدية إلا برضا القاتل .

م: (**وهو الصلح بعينه**) ش: أي أخذ الدية هو الصلح بعينه ، لأن الصلح عبارة عن قطع النزاع ، ففي أخذ الدية قطع النزاع م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن القصاص م: (**حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفواً ، فكذا تعويضًا**) ش: من حيث أخذ العوض وهو الدية م: (**لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل**) ش: أي الاشتراك بأخذ العوض على شيئين : أولهما : الإحسان إلى أولياء المقتول، والثاني : فيه إحياء القاتل لأنه كان قد تعين للقتل وأشرف عليه في الصلح ، استمرت فيه الحياة ، والإضافة في كل من قوله : «على إحسان الأولياء»، «وإحياء القاتل » إضافة المصدر إلى المفعول .

م: (**فيجوز بالتراضي**) ش: أي فإذا كان الأمر كذلك ، فيجوز الصلح وأخذ المال بالتراضي من الجانبين م: (**والقليل والكثير فيه**) ش: أي في أخذ العوض م: (**سواء**) ش: يعني يجوز أخذ العوض سواء كان قليلاً أو كثيرًا ، لكن الصلح على مال يجوز على أكثر من الدية في القصاص في النفس وفيما دونها ، وهو حال في حال الجاني، ولا يكون ذلك على العاقلة .

لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره . وإن لم يذكروا حالاً ولا مؤجلاً فهو حال لأنه مال واجب بالعقد ، والأصل في أمثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لأنها ما وجبت بالعقد . قال : وإن كان القاتل حراً أو عبداً فأمر الحر ومولى العبد رجلاً بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل ، فالألف على الحر ومولى العبد نصفان لأن عقد الصلح أضيف إليهما . وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض ، سقط حق الباقين عن القصاص ، وكان لهم نصيبهم من الدية وأصل هذا

وأما الصلح على أكثر من الدية في القتل الخطأ ، لا يجوز إذا كان الصلح على جنس ما تعرضت فيه الدية ، وإذا كان الصلح خلاف على الجنس يجوز ، وإن جاز زاد على قدر الدية ، نص عليه الكرخي - رحمه الله - في كتاب «الصلح» .

م: **(لأنه ليس فيه)** ش: أي في أخذ المعوض م: **(نص مقدر)** ش: بكسر الدال من التقدير ، فإذا كان كذلك م: **(فيفوض)** ش: أي التقدير م: **(إلى اصطلاحهما)** ش: أي اصطلاح القاتل وولي المقتول م: **(كالخلع)** ش: على مال فإنه ليس فيه شيء مقدر ، بل يرجع ذلك إلى رضا الزوجين عن القليل والكثير .

م: **(وغيره)** ش: أي وغير الخلع وهو الإعتاق على مال الكتابة م: **(وإن لم يذكروا)** ش: أي أولياء المقتول والقاتل ، وإن لم يذكروا مالاً م: **(حالاً ولا مؤجلاً فهو حال لأنه مال واجب بالعقد)** ش: أي بعقد الصلح م: **(والأصل في أمثاله)** ش: أي أمثال الصلح م: **(الحلول نحو المهر والثمن)** ش: فإن الأصل فيهما حلول الحال ، وإن كان التأجيل جائزاً .

م: **(بخلاف الدية)** ش: في قتل الخطأ ، حيث لا تجب حالة م: **(لأنها)** ش: أي لأن الدية والتذكير على تأويل المال م: **(ما وجبت بالعقد)** ش: العارض على القتل ، بل وجب القتل ابتداء ، فوجبت مؤجلة إلى ثلاث سنين .

م: **(قال)** ش: أي محمد في «الجامع الصغير » م: **(وإن كان القاتل حرًا أو عبدًا)** ش: يعني اشترك حر وعبد في قتل شخص م: **(فأمر الحر ومولى العبد رجلاً بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل ، فالألف على الحر ، ومولى العبد نصفان لأن عقد الصلح أضيف إليهما)** ش: أي إلى الحر والعبد فيجب على الحر خمسمائة وعلى مولى العبد خمسمائة .

م: **(وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض ، سقط حق الباقين عن القصاص ، وكان لهم نصيبهم من الدية)** ش: هذا لفظ القدوري - رحمه الله - في «مختصره» .

وقال المصنف - رحمه الله - : م: **(وأصل هذا)** ش: أي أصل هذا الحكم الذي ذكره

أن القصاص حق جميع الورثة . وكذا الدية خلافاً لمالك والشافعي -رحمهما الله- في الزوجين. لهما أن الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت . ولنا : أنه عليه الصلام والسلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم ،

القدوري في هذه المسألة م: (**أن القصاص حق جميع الورثة**) ش: من الذكر والأنثى ، والزوج والزوجة ، نص عليه الكرخي - رحمه الله - في «مختصره» .

م: (**وكذا الدية**) ش: حق الورثة م: (**خلافًا لمالك والشافعي -رحمهما الله-في الزوجين)** ش: هذا اللفظ يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية ، والمشهور عن مالك - رحمه الله- : أن القصاص موروث للعصبات خاصة . وبه قال بعض أصحاب الشافعي . وقال بعض أصحابه : لذوي الأنساب دون الزوجين . وقال الليث، والزهري ، وابن سيرين ، والأوزاعي ، والحسن ، وقتادة : ليس للنساء عفو .

وقال بعض أهل المدينة : القصاص لا يسقط بعفو بعض الورثة . وقيل : هو رواية عن مالك- رحمه الله - ، وفي «شرح الكافي» : القصاص والدية تصير ميراثًا لكل الورثة عندنا بالسبب والنسب جميعًا .

وقال الشافعي : وهو قول ابن أبي ليلى : يورث بالنسب ولا يورث بالسبب، هو الزوجية ، حتى لا يورث الزوج من قصاص زوجته لو قتلت، وكذا من ديتها، وكذا الزوجة من قصاص زوجها ولا من ديته .

م: (**لهما**) ش: أي لمالك والشافعي - رحمهما الله - م: (**أن الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه)** ش: أي لانقطاع السبب م: (**بالموت)** ش: لأن الزوجية تقطع بالموت .

م: (**ولنا : أنه عليه الصلام والسلام**) ش: أي أن النبي ﷺ م: (**أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم)** ش: هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة ، عن سفيان بن عيينة ، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب ، عن عمر - رضي الله تعالى عنه - أنه كان يقول : الدية للعاقلة، لا ترث المرأة من دية زوجها شيء ، حتى قال الضحاك بن سفيان : كذب ، فإن رسول الله ﷺ ورّث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها ، فرجع عمر - رضي الله تعالى عنه-[1] . وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

وأخرجه الدارقطني في «سننه» عن محمد بن عبد الله الشعثي ، عن زفر بن وثيمة ، عن

---

(١) صحيح : رواه أبو داود [٢٩٢٧] ، الترمذي [١٤٤٨] ، ابن ماجة [٢٦٤٢] من طريق سفيان بن عيينة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر والضحاك بن سفيان .

ولأنه حق يجري فيه الإرث حتى أن من قتل وله ابنان ، فمات أحدهما عن ابن ، كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت كسائر الورثة . والزوجية تبقى بعد الموت حكماً في حق الإرث أو يثبت بعد الموت مستنداً إلى سببه وهو الجرح ، وإذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والإسقاط عفواً وصلحاً . ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه ؛ لأنه لا يتجزأ ، بخلاف

المغيرة بن شعبة ، أن سعد بن زرارة الأنصاري قال لعمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - : إن رسول الله ﷺ : كتب إلى الضحاك بن سفبان أن يورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها[1] .

وقال الطبراني : وسعد بن زرارة صحابي يكنى أبا أمامة ، توفي على عهد رسول الله ﷺ في السنة الأولى من الهجرة . قلت : قد ذكره الذهبي في «تجريد الصحابة» - رضي الله تعالى عنهم - ، وقال : أشيم الضبابي الذي قتل فورث النبي ﷺ زوجته من ديته، وذكر عليه علامة أحمد بن حنبل - يعني أخرجه في« مسنده ».

والضبابي : بكسر الضاد ، وبالبائين الموحدتين ، نسبة إلى ضباب ، بطن من العرب ، ذكره ابن دريد .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن القصاص م: (**حق يجري فيه الإرث أن من قتل وله ابنان ، فمات أحدهما عن ابن ، كان القصاص بين الصلبي**) ش: وهو ابن الميت وبين م: (**وابن الابن فيثبت كسائر الورثة**) ش: فمن كان وارثًا فله حق في القصاص .

م: (**والزوجية تبقى**) ش: هذا جواب عما قال مالك والشافعي من قولهما . لانقطاعه بالموت، تقريره: أن الزوجية تبقى م: (**بعد الموت حكمًا**) ش: أي من حيث الحكم م: (**في حق الإرث**) ش: فإذا كانت الزوجية باقية في حق الإرث كموت أحدهما لكل من الزوجين حق من قصاص الميت . م: (**أو يثبت بعد الموت**) ش: الإرث دليل آخر ، أي ويثبت الإرث حال كونه م: (**مستنداً إلى سببه وهو الجرح**) ش: فصار له كمال آخر في ثبوته قبل الموت . ألا ترى لو أنه أوصى بثلث ماله دخلت ديته في الوصية وقضى من ديونه .

م: (**وإذا ثبت للجميع**) ش: أي جميع الورثة م: (**فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والإسقاط عفواً وصلحًا**) ش: فقوله عفواً : يرجع إلى الإسقاط . وقوله : «صلحًا » يرجع إلى الاستيفاء .

م: (**ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه**) ش: يعني في القصاص م: (**لأنه**) ش: أي لأن القصاص م: (**لا يتجزأ**) ش: استيفاء وينقل حق الباقين إلى المال . م: (**بخلاف**

---

(١) رواه الدارقطني [٢/ ٤٥٨] (الفرائض) وفيه زفر بن وثيمة وهو مجهول .

ما إذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين ؛لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول ، وههنا واحد لاتحادهما ، وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالاً ؛ لأنه امتنع لمعنى راجع إلى القاتل ، وليس للعافي شيء من المال ؛ لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه ، ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين ، وقال زفر -رحمه الله- : يجب في سنتين فيما إذا كان بين الشريكين وعفا أحدهما ؛ لأن الواجب نصف الدية ، فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ . ولنا : أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل إلى ثلاث سنين فكذلك بعضه ، والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لأنه عمد . قال : وإذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم

ما إذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين) ش: أي ولي القصاص حيث لا يسقط حق الآخر في القصاص .

م: (لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول، وههنا) ش: أي في مسألة ما إذا قتل وله ابنان م: (واحد) ش: أي القصاص م: (لاتحادهما) ش: أي لاتحاد القاتل والمقتول .

م: (وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالاً ؛ لأنه امتنع لمعنى راجع إلى القاتل) ش: وهو العجز عن استيفاء قصاص من نفسه لأن من قسمه أن إزهاق الروح لا يتجزأ .

م: (وليس للعافي) ش: حقه في القصاص م: (شيء من المال لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه، ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين ، وقال زفر - رحمه الله - : يجب في سنتين فيما إذا كان بين الشريكين وعفا أحدهما ؛ لأن الواجب نصف الدية ، فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ) ش: لأن الواجب فيها نصف الدية مؤجلاً إلى ثلاث سنين .

م: (ولنا : أن هذا) ش: أي بعض ما يجب من المال م: (بعض بدل الدم وكله) ش: أي : وكل الدم م: (مؤجل إلى ثلاث سنين فكذلك بعضه) ش: يؤجل إلى ثلاث سنين م: (والواجب في اليد) ش: جواب عن اعتبار زفر - رحمه الله - بما إذا قطعت يده خطأ ، تقديره أن الواجب في اليد، أي في قطع اليد خطأ م: (كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله) ش: أي يجب المال في المال القاتل في المسألة المذكورة أولاً م: (لأنه عمد) ش: والعاقلة لا يتحمل العمد .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (وإذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - ، ومالك - رحمه الله - ، وأحمد - رحمه الله- ، وأكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين - رضي الله عنهم - . وقال ابن الزبير - رحمه الله - ، والزهري ، وابن سيرين ، وابن أبي ليلى ، وعبد الملك ، وربيعة ، وداود ، وابن المنذر ، وأحمد

لقول عمر -رضي الله عنه- فيه: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم ، ولأن القتل بطريق التغالب غالب ، والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الإحياء . وإذا قتل واحداً جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك ، فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين . وقال الشافعي -رحمه الله- : يقتل بالأول منهم ويجب للباقين المال ، وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول قتل لهم وقسمت الديات بينهم ، وقيل : يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته .

في رواية : لا يقتلون به ويجب عليهم الدية ، وهذا الذي ذكره القدوري استحسان .

والقياس : أن لا تقتل الجماعة بالواحد لأن القصاص يبنى عن المساواة ، ولا مساواة بين الواحد والجماعة ، وجه الاستحسان : ما أشار إليه المصنف - رحمه الله - بقوله : م: (**لقول عمر - رضي الله عنه - فيه : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم**) ش: هذا رواه مالك في «الموطأ» ، أخبر به يحيى بن سعيد بن المسيب ، أن عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - قتل نفرًا خمسة أو سبعة برجل قتلوه قتل غيلة ، وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم . ورواه محمد بن الحسن أيضًا عن مالك .

قوله : «تمالأ» أصله المعاونة في ملأ الدلو ثم عم تعاونوا تمالوا، أي تعاونوا ، وصنعاء قصبة باليمن .

والغيلة : بكسر الغين المعجمة وسكون الياء آخر الحروف، فإذا صار معه قتله ، وقوله : «قتل غيلة» مضاف ومضاف إليه .

م: (**ولأن القتل بطريق التغالب غالب**) ش: أراد أن القتل بغير حق لا يكون في العادة إلا بالتغالب والاجتماع لأن الواحد يقاوم الواحد غالبًا م: (**والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقًا لحكمة الإحياء**) ش: أراد أن الحكمة الموضوعة في القصاص إحياء النفس، فلو لم يجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد أدى إلى سد باب القصاص، وفيه إبطال الحكمة المذكورة .

م: (**وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك، فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين**) ش: هذا كله لفظ القدوري . قال أصحابنا : الواحد يقتل بالجماعة اكتفاء بالقصاص .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله-: يقتل بالأول منهم ويجب للباقين المال**) ش: يعني إذا كان قتلهم على التعاقب م: (**وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول قتل لهم وقسمت الديات بينهم، وقيل: يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته**) ش: ويجب للباقين بالمال، وقد أوضح هذه في الطريقة العلانية حيث

له : أن الموجود من الواحد قتلات ، والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل ، وهو القياس في الفصل الأول إلا أنه عرف بالشرع .ولنا : أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال ، فجاء التماثل أصله الفصل الأول إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ، ولأنه وجد من كل واحد منهم خرج صالح للإزهاق فيضاف إلى كل منهم إذ هو لا يتجزأ ، ولأن القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الإحياء وقد حصل بقتله ، فاكتفى به .

قال : وقال الشافعي : لا يقتل اكتفاء ، غير أن الواحد إن قتلهم على التعاقب يقتل بالأول اكتفاء ، ويجب دية الباقين ، وإن قتلهم على المقارنة له فيه قولان : في قول يقتل بالواحد عبر عين ويجب دية الباقين مشتركة بينهم ، وفي قول : يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته ، ويجب الديات للباقين.

وقال الكاكي : وبقولنا قال مالك ، وقال الشافعي ، واستوفى الباقون بالديات من تركته .
وقال أحمد: إن طلبوا القصاص بجماعتهم فلا شيء للواحد الذي قتل له ، وإن طلب بعضهم القصاص والبعض الدية ، قتل لمن طلب القود ، وللآخرين الدية. وعن مالك رواية كقول أحمد.

م: (**له**) ش: أي للشافعي : م: (**أن الموجود من الواحد قتلات**) ش: لأنه قتل جماعة م: (**والذي تحقق في حقه**) ش: أي في حق الواحد م: (**قتل واحد فلا تماثل**) ش: أي بين قتل واحد وبين قتلات م: (**وهو القياس في الفصل الأول**) ش: وهو أن لا تقتل الجماعة بالواحد إلا أنهم قتلوا به م: (**إلا أنه**) ش: أي إلا أن الجماعة تقتل بالواحد اتفاقًا م: (**عرف بالشرع**) ش: على خلاف القياس .

م: (**ولنا: أن كل واحد منهم**) ش: أي من الأولياء (**قاتل بوصف الكمال**) ش: يعني قاتل للقاتل قصاصًا م: (**فجاء التماثل**) ش: في قتل الواحد بالجماعة فصح القياس . م: (**أصله الفصل الأول**) ش: وهو أنه تقتل الجماعة بالواحد اتفاقًا ، فلو لم يكن التماثل لما قتلوا به وهو معنى قوله : م: (**إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص**) ش: ؛ لأن التماثل شرط م: (**ولأنه وجد من كل واحد منهم**) ش: أي من الأولياء م: (**خرج صالح للإزهاق**) ش: يعني أن القتل صالح لإزهاق الروح . وقد وجد من كل واحد منهم .

وقد وجد من كل واحد منهم م: (**فيضاف إلى كل منهم إذ هو**) ش: أي إزهاق الروح م: (**لا يتجزأ**) ش: فيضاف إلى كل منهم كملاً لأن ما لا يتجزأ إذا أضيف يضاف كملاً م: (**ولأن القصاص شرع مع المنافي**) ش: أي شرع بالكتاب والسنة مع وجود المنافي ، وهو أن الآدمي بنيان الرب ، فلا يجوز تجزئته ، قال ﷺ : «**الآدمي بنيان الرب ، ملعون من بدله**».

وإنما شرع م: (**لتحقيق الإحياء**) ش: أي لمعنى الإحياء م: (**وقد حصل**) ش: أي تحقيق الإحياء م: (**بقتله**) ش: أي بقتل القاتل م: (**فاكتفى به**) ش: ولا شيء لهم غير ذلك .

قال : ومن وجب عليه القصاص إذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فأشبه موت العبد الجاني ، ويتأتى فيه خلاف الشافعي -رحمه الله- إذ الواجب أحدهما عنده . قال : وإذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما ، وعليهما نصف الدية . وقال الشافعي - رحمه الله - : تقطع يد أحدهما والمفروض إذا أخذا سكيناً وأمراه على يده حتى انقطعت له : الاعتبار بالأنفس ، والأيدي تابعة لها فأخذت حكمها . أو يجمع بينهما بجامع الزجر . ولنا : أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن الانقطاع حصل باعتماديهما والمحل متجزئ فيضاف إلى كل واحد منهما البعض ، فلا مماثلة

م: (قال) ش: أي القدوري م: (**ومن وجب عليه القصاص إذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فأشبه موت العبد الجاني**) ش: إذا مات لا يلزمه شيء على أحد م: (**ويتأتى فيه**) ش: أي في هذا الحكم م: (**خلاف الشافعي - رحمه الله -**) ش: فعنده تجب الدية في ماله م: (**إذ الواجب أحدهما عنده**) ش: أي لأن الواجب القصاص أو الدية عنده ، أي عند الشافعي - رحمه الله- ، وهذا مردود بقوله تعالى : ﴿ **كتب عليكم القصاص**﴾ وقد مر بيانه في أول كتاب الجنايات .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**وإذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما ، وعليهما نصف الدية**) ش: وبه قال الثوري - رحمه الله - ، والحسن والزهري - رحمهما الله - ، وابن المنذر .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله - : تقطع يد أحدهما والمفروض**) ش: أي : وموضع فرض المسألة الخلافية م: (**إذا أخذا**) ش: أي الاثنان الإنسان المذكور م: (**سكينًا وأمراه**) ش: بتشديد الراء م: (**على يده حتى انقطعت**) ش: يعني إذا وضعا السكين من جانب من المفصل، والآخر من جانب الحر، وأمر كل واحد سكينه حتى التقيا وانقطعت اليد ، لا قصاص عنده أيضًا .

م: (**له**) ش: أي للشافعي : م: (**الاعتبار بالأنفس**) ش: لأن طريق جريان القصاص على الأنفس إن جعل كل واحد منهم منفردًا بالقتل لزجر القاتل سد باب العدوان فيجب القصاص عليهم م: (**والأيدي تابعة لها**) ش: أي للأنفس م: (**فأخذت حكمها**) ش: أي حكم الأنفس م: (**أو يجمع بينهما**) ش: أي بين الطرف والنفس م: (**بجامع الزجر**) ش: سدًا لباب العدوان . وبقوله قال مالك - رحمه الله - ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور - رحمهم الله .

م: (**ولنا : أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن الانقطاع حصل باعتماديهما والمحل متجزئ**) ش: المحل هو اليد، وهي تتجزأ ، فإذا كان كذلك م: (**فيضاف إلى كل واحد منهما البعض**) ش: أي بعض القطع م: (**فلا مماثلة**) ش: بين قطع اليدين واليد الواحدة .

بخلاف النفس ؛ لأن الإزهاق لا يتجزأ ،ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث . قال وعليهما نصف الدية ؛ لأنه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وإن قطع واحد يمنى رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ، ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانها نصفين سواء قطعهما معاً أو على التعاقب . وقال الشافعي -رحمه الله- في التعاقب : يقطع بالأول ، وفي القران : يقرع لأن اليد استحقها الأول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة .

م: (**بخلاف النفس ؛ لأن الإزهاق لا يتجزأ**) ش: أي بخلاف قتل الأنفس بالنفس الواحدة ، لأن قتل النفس يضاف إلى كل واحد منهم ، كما يتحلل كل منهم قاتلاً على الكمال ، فحصلت المماثلة بين الأنفس والنفس الواحدة م: (**ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب**) ش: هذا جواب عما جمع الشافعي - رحمه الله - بين النفس والطرف ، بيانه أن القتل بوصف الاجتماع غالب . م: (**حذار الغوث**) ش: أي لأجل الحذر عن لحق الغوث م: (**والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث**) ش: من أخذ السكين والإمرار على المفصل إلى أن ينقطع ، والثاني فيه من الجانبين فيلحقه الغوث لأنه لا يقدر .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**وعليهما**) ش: أي على الرجلين القاطعين م: (**نصف الدية ؛ لأنه**) ش: أي نصف الدية م: (**دية اليد الواحدة وهما قطعاها**) ش: ويجب في مالها لأنه عمد . وكذلك الحكم في بيان الأطراف كالعين والسن والرجل ونحوها .

م: (**وإن قطع واحد يمنى رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ، ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانها نصفين سواء قطعهما معًا أو على التعاقب**) ش: هذا لفظ القدوري .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله - في التعاقب : يقطع بالأول ، وفي القران : يقرع**) ش: وفي «شرح الكافي» للحاكم الشهيد، وقال الشافعي - رحمه الله -: إن قطع اليمين على التعاقب يقتص للأول ويغرم الدية للآخر ، وإن قطعهما معًا فالقاضي يقرع بينهما أيًا خرجت قرعته يقتص له ، والدية للآخر .

وقال الكاكي : قوله : يمنى رجلين ، وكذا الحكم لو قطع يسار رجلين وقيد به لأنه لو قطع يمين رجل ويسار آخر قطعت يداه في الكل، والمحل موجودة ، ذكره في «المبسوط» ولا يعلم فيه خلاف ؛ م: (**لأن اليد استحقها الأول، فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن من بعد الرهن**) ش: ، فإن المرتهن الثاني لا يستحقه .

م: (**وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة**) ش: تطييبًا لقلبيهما لأن أحدهما

ولنا : أنهما استويا في سبب الاستحاق فيستويان في حكمه ، كالغريمين في التركة والقصاص ملك : الفعل يثبت مع المنافي ، فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء . أما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لأن الحق ثابت في المحل وصار كما إذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب فتستحق رقبته لهما ، وإن حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية ؛ لأن للحاضر أن يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب . وإذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لأنه أوفى به حقاً مستحقاً .

ليس بأولى من الآخر في تعيين القصاص له ، ولا الدية للآخر ، ولا يأتي الترجيح إلا بالقرعة م: (**ولنا : أنهما استويا في سبب الاستحقاق**) ش: وهو قطع معصوم م: (**فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة**) ش: وهو القصاص لأن الاستواء في العلة يوجب الاستواء في الحكم، كالشريكين في التركة ، وإن كان دين أحدهما أقدم . وفي بعض النسخ : كالشفيعين في الشفعة ، فلا يتقدم أحدهما على الآخر .

م: (**والقصاص ملك : الفعل**) ش: هذا جواب عن قوله : لأن اليد استحقها الأول، تقريره : أن يقال : إن القصاص ملك الفعل، والإطلاق في الفعل لا يقتضي حقًا في المحل، كما في الاصطياد والاحتشاش ، فإن الفعل مملوك والمحل خلو عن الملك، ولهذا يجب القصاص على قاتل من وجب عليه القصاص م: (**يثبت مع المنافي**) ش: يعني أن من عليه القصاص جن م: (**فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء**) ش: لأنه ثابت بطريق الضرورة م: (**أما المحل فخلو عنه**) ش: أي من ذلك الفعل م: (**فلا يمنع ثبوت الثاني**) ش: أي حق الثاني ، وذلك لأن ملك الفعل لما ثبت ضرورة الاستيفاء لا يتعدى إلى شغل المحل الخالي بحرمته عنه ، فإن لم يكن المحل مشغولاً لم يمنع عن ثبوت الثاني م: (**بخلاف الرهن لأن الحق ثابت في المحل**) ش: لكونه مملوكًا ، فإذا ثبت للأول استحال ثبوته للثاني كما في الاستيفاء الحقيقي .

م: (**وصار**) ش: أي هذا م: (**كما إذا قطع العبد يمينيهما**) ش: أي يميني الرجلين م: (**على التعاقب فتستحق رقبته لهما**) ش: جميعًا ولا يكون الأول بها م: (**وإن حضر واحد منهما**) ش: أي من الرجلين اللذين قطع واحد يمينهما م: (**فقطع يده**) ش: أي يد القاطع م: (**فللآخر**) ش: أي الذي لم يحضر م: (**عليه**) ش: أي على القاطع م: (**نصف الدية ؛ لأن للحاضر أن يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب**) ش: أي في العقود في الاستيفاء م: (**وإذا استوفى**) ش: أي الحاضر م: (**لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لأنه أوفى به حقًا مستحقًا**) ش: يعني إن قضى جميع طرفه حقًا مستحقًا عليه فيقضي للآخر بالأرش، بخلاف النفس فإن هناك لو استوفى أحدهما القصاص ثم حضر الآخر لا يقضى بشيء لأن حقه في الاستيفاء فات لغيبته ، فإنهما إذا اجتمعا واستوفيا صار

قال : وإذ أقر العبد بقتل العمد لزمه القود . وقال زفر -رحمه الله- : لا يصح إقراره ؛ لأنه يلاقي حق المولى بالإبطال ، فصار كما إذا أقر بالمال . ولنا : أنه غير متهم فيه لأنه مضر به فيقبل . ولأن العبد يبقى على أصل الحرية في حق الدم عملاً بالآدمية حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص ، وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالي به . ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا ، فعليه القصاص للأول والدية للثاني على عاقلته ؛ لأن الأول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ ،

كل واحد مستوفيًا على الكمال ، فلا يجب مع الدية ، وليس في الطرف الواحد وفاء لحقهما ، فإذا استوفى الحاضر لم يبق للغائب إلا الأرش .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود**) ش: أي القصاص ، وبه قالت الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - ، وقيد بالعمد لأنه إذا أقر بالخطأ ، لا يصح إقراره بالاتفاق سواء كان مأذونًا أو محجورًا لأن إقراره بالخطأ ليس من باب التجارة ، فكان إقراره على مولاه لا يصح ، ذكره في «المبسوط» .

م: (**وقال زفر - رحمه الله - : لا يصح إقراره ؛ لأنه يلاقي حق المولى بالإبطال ، فصار**) ش: أي إقراره به م: (**كما إذا أقر بالمال**) ش: فإنه لا يصح اتفاقًا .

م: (**ولنا: أنه**) ش: أي أن العبد م: (**غير متهم فيه**) ش: أي في إقراره بالقتل العمد م: (**لأنه مضر به**) ش: أي لأن إقراره ذاك يضر بنفسه ، لأنه إقرار بالعقوبة على نفسه فلا يتهم ، فإذا كان كذلك م: (**فيقبل**) ش: أي إقراره م: (**ولأن العبد يبقى على أصل الحرية في حق الدم عملاً بالآدمية حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص**) ش: قوله «حتى . . . . » إلى آخره : توضيح لبقائه على الحرية ، وكل ما لا يصح إقرار المولى على العبد فيه فهو بمنزلة الحرية ، ولهذا وقع طلاق زوجته بالإقرار لوقوعه بالإيقاع ، وإذا أقر بسبب يوجب الحد يحد به .

م: (**وبطلان حق المولى**) ش: هذا جواب عن قول زفر - رحمه الله - ، تقريره : أن بطلان حق المولى في إقراره بقتل العمد م: (**بطريق الضمن**) ش: يعني ضمني م: (**فلا يبالي به**) ش: لأن الضمنيات لا تعتبر ، كما إذا تزوج رجل في مرض الموت على مهر معين ، ومات فهو أسوة للغرماء والتزام المهر يضر بهم ، إلا إن ثبت ضمنًا للنكاح فلا يبالي به بخلاف إقراره بالمال ، لأنه يتضرر به المولى في ضمن شيء فيهم في إقراره ولا يضرهم ، أما ههنا أقر هو به : فلا يقبل منه .

م: (**ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا ، فعليه القصاص للأول، والدية للثاني على عاقلته لأن الأول عمد**) ش: لأنه قصد بالرمي فمات منه م: (**والثاني أحد نوعي الخطأ**) ش: لأنه لم

كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدمياً ، والفعل يتعدد بتعدد الأثر .

يقصد بالرمي ، حيث قصد الرامي غيره ولكنه أصاب بالنفاد من الأول فصار قتله خطأ م: (**كأنه رمى إلى صيد فـأصاب آدميًا**) ش: فوجب الدية على عاقلته م: (**والفعل يتعـدد بتعدد الأثر**) ش: أي الفعل الواحد يتعدد بتعدد أثره ، فإن الرمي إذا أصاب حيوانًا ومزق جلده يسمى جرحًا ، وإذا قتل يسمى قتلاً ، وإن أصاب كوزًا أو خرق أجزاءه سمي كسرًا باعتبار اختلاف المحل ، فجاز أن يكون الفعل الواحد عمدًا بالعينة لا محلاً ، وخطأ بنسبة محل آخر .

* * *

فصل

قال : ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده أو قطع يده ، عمداً ثم قتله خطأ ، أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمداً فبرأت ثم قتله عمداً ؛ فإنه يؤخذ بالأمرين جميعاً . والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تتميماً للأول ؛ لأن القتل في الأعم يقع بضربات متعاقبة ، وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج ، إلا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه ، وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الأولين لاختلاف حكم الفعلين ،

م: (فصل)

ش: أي : هذا فصل في بيان حكم الفعلين، وذكر هذا بعد الفراغ من بيان الفعل الواحد، والاثنان يذكران بعد الواحد .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدًا قبل أن تبرأ يده ، أو قطع يده عمدًا ثم قتله خطأ ، أو قطع يده خطأ ، فبرأت يده ثم قتله خطأ ، أو قطع يده عمدًا فبرأت ثم قتله عمدًا فإنه يؤخذ بالأمرين جميعًا**) ش: القطع والقتل إذا حصل في شخص واحد كانا على وجوه أربعة مثل ما ذكر في الكتاب، ثم إن كل واحد منها إما أن يكون قبل البرء له وبعده ، فذلك ثمانية أوجه ، وكل ذلك إما أن يتحقق من شخص واحد أو شخصين، فذلك ستة عشر وجهًا، فإن كان من شخصين يفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص وأخذ الأرش مطلقًا، لأن التداخل إنما يكون عند اتحاد المحل لا غير . وإن كانا من شخص واحد فإيجاب يوجب القصاص أو إهدار أحدهما أمين على أصل ذكره المصنف بقوله : م: (**والأصل فيه**) ش: أي في الحكم المذكور م: (**أن الجمع بين الجراحات واجب**) ش: فيعني الاكتفاء ، بموجب أحدهما واجب م: (**ما أمكن**) ش: أي مهما أمكن م: (**تتميمًا للأول**) ش: لأن الأصل في العقوبات التداخل ، ويحل الآخر متممًا للأول، لأن القتل عادة لا يحصل بضربة واحدة ظاهرًا، بل بأكثر من ذلك ، وهو معنى قوله م: (**لأن القتل في الأعم**) ش: أي أعم الأحوال م: (**يقع بضربات متعاقبة**) ش: فيجعل الثاني متممًا للأول ويجعل الكل قتلاً واحدًا .

م: (**وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج ، إلا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول**) ش:المذكورة م: (**في الأولين**) ش: أي في الفصلين الآخرين وعدم إمكان الجمع م: (**لاختلاف حكم الفعلين**) ش: كما إذا كان القطع خطأ ، والقتل عمدًا أو على العكس.

وفي الآخرين لتخلل البرء ، وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل ، وقد تجانسا بأن كانا خطأين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع واكتفى بدية واحدة وإن كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده فإن شاء الإمام قال : اقطعوه ثم اقتلوه ، وإن شاء قال : اقتلوه. وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله- . وقالا : يقتل ولا تقطع يده لأن الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما . وله : أن الجمع متعذر إما للاختلاف بين هذين الفعلين ؛ لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع ، وهو متعذر ، أو لأن الحز يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو صدر من

م: (وفي الآخرين) ش: أي وفي الفصلين الآخرين عدم إمكان الجمع م: (لتخلل البرء ، وهو) ش: أي تخلل البرء م: (قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل) ش: لأن بتخلل البرء ينتهي الفعل الأول لانتهاء أثره فلا يمكن جعل الثاني متممًا للأول م: (وقد تجانسا) ش: أي الفعلان م: (بأن كانا خطأين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع واكتفى بدية واحدة، وإن كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده، فإن شاء الإمام قال : اقطعوه ثم اقتلوه ، وإن شاء قال: اقتلوه ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش:، وبه قال الشافعي - رحمه الله - ، ومالك - رحمه الله - ، وأحمد - رحمه الله - في رواية، وأبو ثور .

م: (وقالا) ش: أي أبو يوسف - رحمه الله - ، ومحمد - رحمه الله - : مقتله م: (يقتل ولا تقطع يده) ش: وبه قال أحمد - رحمه الله - في رواية . وبه قال الثوري - رحمه الله - وعطاء - رحمه الله - م: (لأن الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما) ش: لأن الثاني يصبح متممًا للأول ؛ لأن القطع يصلح مزهقًا للروح بالسراية ، والقتل متممًا له قبل تخلل البرء.

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - : م: (أن الجمع متعذر) ش: معنى الجمع هنا الاكتفاء بالقتل م: (إما للاختلاف بين هذين الفعلين) ش: أي القتل والقطع يعني بالنظر إلى صورتهما ، وإن كانا عمدين ، وإنما قلنا بالنظر إلى صورتهما لأن القطع إبانة لتجزأته عن الجملة ويسلك مسلك الأموال. والقتل إزهاق الروح م: (لأن الموجب) ش: الفعلين م: (القود وهو) ش: أي القود م: (يعتمد المساواة في الفعل) ش: قال الله تعالى : ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ وقال : ﴿ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ .

م: (وذلك) ش:أي اعتماد المساواة م: (بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع ، وهو) ش: أي القود الذي يعتمد المساواة م: (متعذر) ش: لأنه يكون استيفاء الفعلين في فعل واحد، والتعذر فيه ظاهر م: (أو لأن الحز) ش: أي حز الرقبة م: (يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو صدر من

شخصين : يجب القـود على الحاز . فصاركـتخلل البرء ، بخلاف ما إذا قـطع وسرى لأن الفعل واحد ، وبخلاف ما إذا كانا خطأين . لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من غـير اعتبار المساواة ، ولأن أرش اليد إنما يجب عند اسـتحكام أثر الفعل وذلك بالحـز القاطع للسراية فـيجتمع ضـمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ، ولا يجتمعان . أمـا القطع والقتل قصاصاً يجتمعان . قال : ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبرأ عن تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة ؛ لأنه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حـق الأرش ، وإن بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعـتبار للعشرة . وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أصل على أصل أبي حنيفة - رحمه الله - .

شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء) ش: ولا جمع فيه بالاتفاق م: (بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد، وبخلاف ما إذا كانا) ش: أي القتل والقطع م: (خطأين لأن الموجب الدية وهو بدل النفس من غيـر اعتبـار المساواة) ش: بدليـل أن عشـرة لو قـتلوا رجـلاً خطأ : يجب عليـهم دية واحدة .

م: (ولأن أرش اليد إنما يجب عند اسـتحكام أثر الفعل) ش: يعني القطع بانقطاع توهم السراية م: (وذلك) ش: إنما يكون م: (بالحز القاطع للسراية) ش: وبه يجب ضمان الكل م: (فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة) ش: وهي حالة الجزء .

م: (ولا يجتمعان) ش: أي والحال أنهـما لا يجتمـعان م: (أما القطع والقتل قصاصًا يجتمعان) ش: لأن مبنى العمد على التغليظ والتشديد ، ولهذا تقتل الجماعة بالواحد ، وليس كذلك الخطأ لأن مبناه على التحقيق ، وهذا لا تتعدد الدية بتعدد القاتلين .

م: (قال) ش: أي مـحمـد - رحمه الله - في « الجامع الصـغير » : م: (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فـبرأ عن تسعين ومات من عـشرة ففيـه دية واحدة) ش: ومعنى هذا ضربه في مـوضـع تسعين ، وفي موضع آخر عشرة فبرأ موضع التسعين ولم يبرأ موضع العشرة م: (لأنه لما برأ منهـا) ش: أي من التسعين م: (لا تبقى معتبرة في حق الأرش) ش: لأنه لما لم يبق أثر جعل كأنها لم تـوجد في حق الضمان . م: (وإن بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة) ش: فلا يجب إلا دية واحدة .

م: (وكذلك) ش: أي الجواب في م: (كل جراحة اندملت ولم يبق لها أصل) ش: مثل إن كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر ، فإنها لاتبقى معتبرة لأن حق الأرش ولا في حكومة عدل وإنما تبقى في حق التعزير ، م: (على أصل أبي حنيفة - رحمه الله-) ش: إنما قيد بقوله ، ولم يبق لها أثر حتى لو بقي أثر الجراحة من نقصان أو غيره ، تجب حكومة العدل بلا خلاف لأحد ، أما إذا لم يبق أثر لأنه لا قيمة بمجرد الألم ، وبه قالت الأئمة الثلاثة - رحمهم الله .

وعن أبي يوسف -رحمه الله-: في مثله حكومة عدل . وعن محمد -رحمه الله-: أنه يجب أجرة الطبيب. وإن ضرب رجلاً مائة سوط وجرحه وبقي له أثر تجب حكومة العدل لبقاء الأثر ، والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس .

ألا ترى أنه لو ضربه ، أو لطمه ، أو وكزه فتألم ، ولم يؤثر فيه ، لا يجب شيء، ذكره المحبوبي وهو ظاهر الجواب وعليه التقرير .

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله - : في مثله: حكومة عدل**) ش: وتفسير حكومة العدل يجيء في آخر فصل الشجاج .

م: (**وعن محمد - رحمه الله - : أنه يجب أجرة الطبيب**) ش: وثمن الأدوية ، وذكر الاختصاص في الضربة واللطمة بالسوط لأنه لا يمكن اعتبار المساواة إلا إذا رضي الضارب به فيستوي، لأن الامتناع لحقه كيلا يكون يستوفي منه بأكثر مما جنى عليه ، فإذا رضي فقد أسقط حقه من الزيادة .

وفي« النوازل »: قال لآخر : خبيث جاز له أن يقول : بل أنت ، لقوله تعالى : ﴿ **لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم** ﴾ ، وكذا في كل كلمة لا يجب الحد . وقيل: معنى الآية : هو الرجل يشتمك فتشتمه ، ولكن إن افترى عليك فلا تفتر عليه . كذا ذكره التمرتاشي .

م: (**وإن ضرب رجل مائة سوط وجرحه وبقي له أثر تجب حكومة عدل**) ش: هذه من مسائل «الجامع الصغير» ، وصورتها فيه : محمد - رحمه الله - ، عن يعقوب - رحمه الله - ، عن أبي حنيفة - رحمه الله - : في الرجل يضرب الرجل مائة سوط فيجرحه ويبرأ منها ، قال : على الضارب أرش الضرب . انتهى .

وقال الصدر الشهيد - رحمه الله - وغيره : وهذا إذا بقي أثر الضرب ، فإن لم يبق ، لا يجب شيء عند أبي حنيفة كما في المسألة المتقدمة ، وهذا إذا جرح ثم برأ ، فأما إذا لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق .

وقال أبو الليث - رحمه الله - : يعرف الضرب بأنه لو كان عبداً لم ينقص من قيمته ، فيجب عليه الدية ، ذلك المقدار م: (**لبقاء الأثر ، والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس**) ش: إذا لم يبرأ وليس بموجود .

وهذا يشير إلى أنه إذا لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق ، وإن جرح ، واندمل ولم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة - رحمه الله - ؛ لأنه لم يكن إلا بمجرد الألم وهو لا يجب شيئًا ، كما لو ضربه ضربًا مؤلمًا .

قال : ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك ، فعلى القاطع الدية في ماله ، وإن عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك : فهو عفو عن النفس . ثم إن كان خطأ فهو من الثلث ، وإن كان عمداً فهو من جميع المال . وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقالا : إذا عفي عن القطع فهو عفو عن النفس أيضاً ، وعلى هذا الخلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى النفس ومات ، لهما : أن العفو عن القطع عفو عن موجبه ، وموجبه : القطع لو اقتصر أو القتل إذا سرى ، فكان العفو عنه عفواً عن أحد موجبيه أيهما كان ، ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفواً عن نوعيه ، وصار كما إذا عفا عن الجناية ، فإنه يتناول الجناية السارية والمقتصرة ،

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م: (**ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك ، فعلى القاطع الدية في ماله ، وإن عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك ، فهو عفو**) ش: أي عفو م: (**عن النفس**) ش: سواء عفا بلفظ العفو أو الوصية .

وبه قال مالك - رحمه الله - وأحمد ، وطاوس - رحمهما الله - ، والحسن - رحمه الله- ، وقتادة - رحمه الله - ، والأوزاعي - رحمه الله - . وقال أصحاب الشافعي - رحمه الله- : إذا قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها ، ففيها قولان : أحدهما : لا يصح فيجب دية النفس إلا دية الجرح . والثاني : أنه يصح فإن جرحت من الثلث سقط ، وإلا سقط منها ما يخرج من الثلث ، ووجه الباقي ، والقول الثاني ليس بوصية لأنه إسقاط في حق الجناية ، فلا يصح ، ويلزمه دية النفس إلا دية الجرح .

م: (**ثم إن كان خطأ فهو من الثلث ، وإن كان عمداً فهو من جميع المال وهذا**) ش: قوله م: (**عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقالا: إذا عفي عن القطع فهو عفو عن النفس أيضًا ، وعلى هذا الخلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات**) ش: ، وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراحة وما أشبه ذلك ، وكذلك الاختلاف في الصلح والتزوج .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م: (**أن العفو عن القطع عفو عن موجبه**) ش: لأن نفس الفعل لا تحمل العفو ، وموجبه أحد الشيئين : ضمان النفس إن سرى ، وضمان الطرف إن اقتصر ، وهو معنى قوله: م: (**وموجبه القطع لو اقتصر أو القتل إذا سرى ، فكان العفو عنه**) ش: أي عن القطع م: (**عفوًا عن أحد موجبيه أيهما كان**) ش: أي أيهما يوجد .

م: (**ولأن اسم القطع يتناول**) ش: المقتصر فيكون العفو عن القطع عفوًا عن أحد نوعيه ، أي أحد نوعي القطع وهما : م: (**الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوًا عن نوعيه ، وصار كما إذا عفيا عن الجناية ؛ فإنه يتناول الجناية السارية والمقتصرة**) ش: بلا خلاف .

كذا هذا ، وله : أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة ، والعفو لم يتناوله بصريحه ؛ لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل . وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ، ونحن نوجب ضمانه ، وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد إلا أن في الاستحسان تجب الدية ؛ لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود . ولا نسلم أن الساري نوع من القطع ، أن السراية صفة له ، بل الساري قتل من الابتداء ، وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً ، فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لأنه اسم جنس ، وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في العفو عن السراية والقتل . ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه

م: (كذا هذا ، وله) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - : م: (أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه ؛ لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل . وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ، ونحن نوجب ضمانه) ش: أي ضمان القتل .

م: (وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد ، إلا أن في الاستحسان تجب الدية ؛ لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود) ش: أي الشبهة مسقطة للقصاص .

م: (ولا نسلم) ش: هذا جواب عن قولهما : فيكون العفو عفواً عنه ، أي لا نسلم م: (أن الساري نوع من القطع ، وأن السراية صفة له) ش: قيل فيه نظر ، فإنه منع كون السراية صفة له ، يقال: سرى القطع وقطع سار ، فكيف يصح ؟ففي ذلك أجيب عنه : بأن المراد صفة منوعة وهي ليست كذلك ، بل هي مخرجة عن حقيقتها ، كما يقال : عصير مسكر .

م: (بل الساري قتل من الابتداء) ش: هذا إضراب عن قوله : نوع من القطع ، وذلك أن القتيل فعل مزهق للروح ، وبه عرفنا أنه كان قتلاً .

م: (وكذا لا موجب له) ش: أي للقطع الساري م: (من حيث كونه قطعًا) ش: لأنه إذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلاً ، إنما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف إلى القطع ، مضاف إلى غير محله فلا يصح ، وإذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفواً عن القطع ،وهو معنى قوله : م: (فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لأنه) ش: أي لأن لفظ الجناية م: (اسم جنس) ش: يتناول الساري وغيره .

م: (وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في العفو عن السراية والقتل) ش: وهذا ظاهر م: (ولو كان القطع خطأ فقد أجراه) ش: أي فقد أجراه محمد - رحمه الله - م: (مجرى العمد في هذه الوجوه) ش: وهو العفو عن القطع ومطلقًا وما يحدث منه ، والعفو عن

وفاقاً وخلافاً آذن بذلك إطلاقه إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث ، وإن كان عمداً فهو من جميع المال ؛ لأن موجب العمد القود ، ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال ، فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه . أما الخطأ فموجبه المال ، وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث .

الشجة والعفو عن الجناية م: (**وفاقا**) ش: أي من حيث الوفاق أي الاتفاق وهو في موضعين أحدهما : أن العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما إذا كان القتل خطأ ، والثاني: العفو عن الجناية فإنه عفو عن الدية أيضًا م: (**وخلافًا**) ش: أي من حيث الخلاف بين أبي حنيفة - رحمه الله - وبين صاحبيه ، وهو أيضًا في موضعين: أحدهما : أن العفو عن القطع مطلقًا عفو عن الدية عندهما إذا كان خطأ ، وعند أبي حنيفة يكون عفوًا عن أرش اليد لا غيره ، والثاني : أن العفو عن الشجة عفو عن الدية إذا سرت عندهما .

وعن أبي حنيفة - رحمه الله -: عن أرش الشجة لا غير م: (**آذن**) ش: بالمد أي أعلم وهو فعل ماض من الإيذان م: (**بذلك إطلاقه**) ش: أي إطلاق محمد - رحمه الله - في « الجامع » ، حيث قال : ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده ، لأنه ذكره مطلقًا من غير وصف العمدية والخطأ .

وقال تاج الشريعة - رحمه الله - فإن قلت : الوضع في القتل العمدية بدليل قوله : فعلى القاطع الدية في ماله ، فلا يكون مطلقًا .

قلت : الوضع مطلق ، إلا أن قوله : فعلى القاطع الدية في ماله جواب لأحد نوعيه ، أي عليه الدية في ماله إن كان عمداً .

م: (**إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث ، وإن كان عمداً فهو من جميع المال ؛ لأن موجب العمد القود ، ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال ، فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه . أما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث**) ش: يعني أنه إذا تبرع بمنافع أرضه في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير ، ذلك من جميع المال لأن المنافع ليست بأموال .

قال الأكمل - رحمه الله -: وفيه بحث من أوجه :

الأول : أن القصاص مورث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ؟

الثاني : أن الوصية بإعارة أرضه باطلة ولئن صحت . فحكمه الثاني، يسكن الموصى له يومًا والورثة يومين إن لم يقبل القسمة ، وإن قبلها تقرر بالثلث للموصى له .

والثالث : أن المنافع أموال فكيف صارت نظير المالين بمال ؟ .

قال : وإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ ، وإن كان عمداً ففي مالها . وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- ؛ لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفواً عما يحدث منه عنده ، فالتزوج على اليد لا يكون تزوجاً على ما يحدث منه .

الجواب عن الأول : أن المصنف - رحمه الله - نفى تعلق حق الورثة به لا لكونه موروثًا ، ولا تنافي بينهما لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة ، وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الأصل ، والقياس في المال أيضًا : أن لا يثبت فيه تعلق حقهم ألا يتكففون الناس وتركهم أغنياء، إنما يتحقق تعلق حقهم بما يتعلق التي وهو المال، فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فتركهم بماله يتكففون الناس . والقصاص ليس بمال ، فلا يتعلق به لكنه مورث ؛ لأن الإرث خلافة ذي نسب الميت الحقيقي أو الحكمي أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكمًا في ماله أو حق قابل له بعد موته .

وعن الثاني : بأن المراد من قوله : «أوصى» تبرع كما عبرنا عنه آنفًا والوصية تبرع خاص ، فيجوز أن يستعار لمطلقه .

وعن الثالث : أن المنافع أموال إذا كانت في عقد فيه معاوضة .

وقوله : « فيعتبر من الثلث » فيه إشكال وهو أنه إذا اعتبره من الثلث كان وصية . والقاتل من العاقلة ، والوصية للقاتل باطلة ، فيجب أن لا يصح في حصته .

وأجيب : بأن المجروح لم يقل أوصيته بثلث الدية ، وإنما عفا عن المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعًا مبتدأ ولا مانع عنه ، ألا ترى أنه لو وهب له شيئًا وسلم جاز .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد في « الجامع الصغير » : م: (**وإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها ، وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ ، وإن كان عمدًا ففي مالها**) ش: .

قوله : «على يده» : أي على موجب يده وقيد بقوله ثم مات الزوج في وجوب مهر المثل لأنه إذا لم يمت فتزوجها على اليد صحت التسمية ، ويصير الأرش اليد مهرًا لها بالإجماع سواء كان القطع عمدًا أو خطأ ، فتزوجها على القطع وما يحدث منه أو على الجناية لأن لما برأ تبين أن موجبها الأرش دون القصاص ، لأن القصاص لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة عندنا ، والأرش يصلح صداقًا ، كذا ذكره المحبوبي وقاضي خان - رحمهما الله .

م: (**وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: أي هذا الحكم عنده م: (**لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفواً عمـا يحدث منه عنده ، فالتزوج على اليد لا يكون تزوجًا على ما يحدث منه**) ش: فيكون ما

ثم القطع إذا كان عمداً يكون هذا تزوجاً على القصاص في الطرف ، وهو ليس بمال فلا يصلح مهراً لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل ، وعليها الدية في مالها ؛ لأن التزوج وإن كان يتضمن العفو على ما نبين إن شاء الله تعالى ، لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة . وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو ، فتجب الدية وتجب في مالها لأنه عمد ، والقياس : أن يجب القصاص على ما بيناه ، وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة إن كانا على السواء ، وإن كانا في الدية فضل ترده على الورثة ، وإن كان في المهر فضل ترده الورثة عليها ، وإذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجاً على أرش اليد ، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم ، فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ، ولا يتقاصان لأن الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها .

لها من المهر غير ما عليها مما يحدث منه م: (ثم القطع إذا كان عمداً يكون هذا تزوجًا على القصاص في الطرف ، وهو ليس بمال فلا يصلح مهراً لا سيما على تقدير السقوط) ش: أي سقوط القصاص م: (فيجب مهر المثل ، وعليها الدية في مالها) ش: .

فإن قيل : قبولها التزوج يتضمن العفو ، والعفو لا يتضمن ، فلا يجب عليها الدية ؟ .

فأجاب المصنف - رحمه الله - بقوله : م: (لأن التزوج وإن كان يتضمن العفو على ما نبين إن شاء الله تعالى) ش: إشارة إلى قوله : وقد رضي بسقوط حقه م: (لكن عن القصاص) ش: أي لكن يتضمن العفو عن القصاص م: (في الطرف في هذه الصورة) ش: أي فيما نحن فيه م: (وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو) ش: بمعنى العفو لم يتعرض لذلك م: (فتجب الدية وتجب في مالها لأنه عمد) ش: والعاقلة لا يتحمل العمد م: (والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه) ش: يريد به قوله لأنه هو الموجب العمد .

م: (وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية) ش: أي والحال أن عليها الدية م: (تقع المقاصة إن كانا) ش: أي مهر المثل والدية م: (على السواء فإن كانا في الدية فضل ترده) ش: أي ترده المرأة م: (على الورثة) ش: أي على ورثة الميت م: (وإن كان) ش: أي الفضل م: (في المهر فضل ترده الورثة عليها) ش: أي على المرأة م: (وإذا كان القطع خطأ يكون هذا) ش: أي التزوج م: (تزوجًا على أرش اليد وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها) ش: أي والحال أنه لا شيء في اليد . م: (ولا يتقاصان) ش: أي لا يتقاص ما على الزوج من مهر المثل ، وما على المرأة من الدية لاختلاف الذمم . م: (لأن الدية تجب على العاقلة في الخطأ) ش: والقتل هنا خطأ . م: (والمهر لها) ش: أي ويجب مهر المثل هنا ، ولا يتقاصان ، وإنما تكون المقاصة إذا اتحدت الذمة في الوجوب لها وعليها ، كما إذا قطعت عمدًا أو

قال : ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ثم مات من ذلك ، والقطع عمداً فلها مهر مثلها لأن هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهراً فيجب مهر المثل على ما بيناه . وصاركما إذا تزوجها على خمر أو خنزير ولا شيء له عليها لأنه لما جعل القصاص مهراً فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلاً كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالاً فإنه يسقط أصلاً ، وإن كان خطأً يرفع عن العاقلة مهر مثلها . ولهم ثلث ما ترك وصية لأن هذا تزوج على

سرى إلى النفس ؛ لأن الدية تجب عليها لا على العاقلة لأنه عمد ، والمهر لها أيضًا ؛ فاتحدت الذمة فوقعت المقاصة .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م: (**ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية**) ش: أي أو تزوجها على الجناية أو على الجراحة ، م: (**ثم مات من ذلك ، والقطع عمداً فلها مهر مثلها**) ش: .

وفي بعض النسخ : فلها مهر مثلها م: (**لأن هذا تزوج على القصاص وهو**) ش: أي القصاص م: (**لا يصلح مهراً**) ش: فإذا كان كذلك م: (**فيجب مهر المثل على ما بيناه**) ش: وفي بعض النسخ فلها مهر مثلها لأن هذا تزوج على القصاص ، وهو أي القصاص لا يصلح مهراً فإذا كان كذلك فيجب مهر المثل لأنه سمى ما لا يصلح مهراً .

م: (**وصار**) ش: أي هذا م: (**كما إذا تزوجها على خمر أو خنزير**) ش: حيث يجب مهر المثل في هذا م: (**ولا شيء له عليها**) ش: أي على المرأة ، لا القصاص ولا الدية ، وهذا هو فائدة التعميم بقوله : ولا شيء .

م: (**لأنه لما جعل القصاص مهراً فقد رضي بسقوطه بجهة المهر**) ش: هذا كان جوابًا لما قال : ينبغي أن يجب القصاص لأنه ما رضي بسقوطه مطلقًا بل بسقوطه من جهة المهر ، وحاصل الجواب أنه جعل القصاص مهراً فقد سمى ما لا يصلح مهراً .

م: (**فيسقط أصلاً كما إذا سقط القصاص بشرط أن يصير مالاً**) ش: أي بشرط أن يصير القصاص مالاً بأن يقول أسقطت القصاص بشرط أن يصير مالاً م: (**فإنه يسقط**) ش: أن يكون م: (**أصلاً**) ش: إن مضى كلامه م: (**بشرط أن يصير الدم مالاً فإنه يسقط أصلاً**) ش: والدم ليس بمال في دين سماوي ، فكان شرطًا باطلاً فصار إسقاطًا مطلقًا م: (**و إن كان**) ش: أي القطع م: (**خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها**) ش: أي قدر مثلها .

م: (**ولهم**) ش: أي وللعاقلة م: (**ثلث ما ترك**) ش: أي الميت من الدية م: (**وصية**) ش: أي من حيث الوصية لهم م: (**لأن هذا**) ش: أي التزوج على اليد ، وما يحدث منها ، م: (**تزوج على**

الدية وهي تصلح مهراً لأنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال ؛ لأنه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الأصلية ، ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لأنه محاباة ، فيكون وصية . فيرفع عن العاقلة لأنهم يتحملون عنها ، فمن المحال أن ترجع عليهم بموجب جنايتها ، وهذه الزيادة وصية لهم لأنهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة ، فإن كانت تخرج من الثلث تسقط ، وإن لم تخرج يسقط ثلثه . وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- : كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما ، فاتفق جوابهما في الفصلين . قال : ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه لأنه تبين أن الجناية كانت قتل عمد ، وحق المقتص له القود ، واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له

الدية ، وهي) ش: أي الدية م: (تصلح مهراً لأنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لأنه مريض مرضالموت والتزوج من الحوائج الأصلية) ش: والمريض إذا تزوج امرأة بمال كان لها مقدار مهر مثلها م: (ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لأنه محاباة فيكون وصية) ش: لها ، والوصية للقاتل لا تصح م: (فيرفع عن العاقلة) ش: أي قدر مهر مثلها .

م: (لأنهم) ش: أي لأن العاقلة م: (يتحملون عنها) ش: ولا يتحملون لها م: (فمن المحال أن ترجع) ش: أي المرأة م: (عليهم بموجب جنايتها ، وهذه الزيادة وصية لهم) ش: أي للعاقلة م: (لأنهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة ، فإن كانت) ش: أي الزيادة م: (تخرج من الثلث تسقط) ش: عنهم .

م: (وإن لم تخرج) ش: من الثلث م: (يسقط ثلثه) ش: أي ثلث ما زاد وعلى مهر المثل إلى تمام الدية ويردون ما بقي إلى الورثة واعلم أن هذا كله من قوله : وإذا قطعت المرأة يد رجل، إلى هنا قول أبي حنيفة - رحمه الله .

وأما قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : فهو ما أشار إليه بقوله : م: (وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله) ش: فهو ما أشار إليه بقوله م: (كذلك الجواب) ش: أي كجواب أبي حنيفة - رحمه الله - م: (فيما إذا تزوجها على اليد) ش: أي موجب اليد م: (لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما ، فاتفق جوابهما في الفصلين) ش: أي فيما لو تزوجها على اليد إذا كان القطع خطأ ، وفيما إذا تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ، وعبر «بالفصلين» باعتبار المتفق والمختلف وإلا فالفصول ثلاثة .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م: (ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات) ش: أي المقطوعة يده م: (فإنه يقتل المقتص منه) ش: وبه قالت الثلاثة م: (لأنه تبين أن الجناية كانت قتل عمد ، وحق المقتص له القود ، واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له

القـود إذا استـوفى طرف من عليـه القود . وعن أبـي يوسف -رحمـه الله-: أنه يسـقط حقـه في القصاص لأنه لما أقـدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه ، ونحن نقـول : إنما أقدم على القطع ظناً منه أن حقه فيه ، وبعد السـراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئاً عنه بدون العلم به . قال : ومن قتل وليـه عمداً فقطع يد قـاتله ثم عفا وقد قـضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قـاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة -رحمه الله-،وقالا : لا شيء عليـه لأنه استوفى حقه فلا يضمنه ، وهذا لأنه استحق إتلاف النفس بجميع أجزائها ،ولهذا لو لم يعف لا يضمنه ، وكذا إذا سرى وما برأ ،

القود) ش: أي حق القـصـاص م: (إذا استـوفى طرف من عليـه القود) ش: فإنه لا يسـقـط حقـه من القصاص .

م: (وعن أبي يوسف - رحمـه الله -: أنه يسقط حقه فـي القصاص لأنه لما أقدم على القطع فـقد أبرأه عما وراءه ، ونحن نقول) ش: أي في الجواب عـما قـاله أبو يوسف م: (إنما أقدم على القطع ظنًا منه أن حقه فيه) ش: يعني في حق اليد م: (وبعد السراية) ش: أي بعـد سراية القطع إلى الموت م: (تبين أنه) ش: أي أن حقه م: (في القود فلم يكن مبرئًا عنه) ش: أي عن القـود م: (بدون العلم به) ش: أي بدون حقه في القود .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م: (ومن قتل وليه عمدًا فقطع يد قاتله ثم عـفا وقد قضى له بالقـصاص أو لم يقض: فعلى قاطع اليـد دية اليد عند أبي حنيفـة - رحمه الله-) ش: وبه قـال أحـمـد ، ولو قـتله لا شيء عليـه عنده . وعند أحـمـد: عليـه الدية ، وعند مالك-رحمه الله - : عليه القصاص .

م: (وقالا) ش: أي قـال أبو يوسف ومـحمد - رحـمهـما الله - : م: (لا شيء عليـه) ش: لا القـصاص ولا الدية . وبه قال الشافعي م: (لأنه استـوفى حقه فـلا يضمنه ، وهذا) ش: توضيح لما قبله م: (لأنه استـحق إتلاف النفس بجميع أجـزائها) ش: لأن اليـد كانت جميعًا للولي تبعًا للنفس فبطل حقه بالنفس مما بقي لا مما استوفى .

م: (ولهـذا) ش: أي ولأجل استـحقـاقه إتلاف النفس بجميع أجـزائه م: (لو لـم يعـف لا يضمنه) ش: أي لو لم يعف وسرى لا يجب الضـمـان عليـه ، هذا إلزام على أبي حنيـفـة لا على أحمد ومالك ؛ لأنهما قالا بضمان اليد بعد الاستيفاء ، ويدل عليه أحكام منها قوله :

م: (وكذا إذا سرى) ش: أي بعد العفو م: (وما برأ) ش: تأكيد لقـوله : إذا سرى ، أي لم يعف ، وسرى .

أو ما عفا وما سرى ، أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده ؛ وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا ، لا يضمن الأصابع . وله : أنه استوفى غير حقه ؛ لأن حقه في القتل وهذا قطع وإبانة ، وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فإن له أن يتلفه تبعاً ، وإذا سقط وجب المال ، وإنما لا يجب في الحال ؛لأنه يحتمل أن يصير قتلاً بالسراية فيكون مستوفياً حقه ، وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر إلا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه .

ومنها قوله : م: (أو ما عفا) ش: يعني قطع وما عفا م: (وما سرى) ش: يعني ما ظهر حاله بعد القطع .

ومنها قوله : م: (أو قطع ثم حز رقبته قبل البدء أو بعده) ش: لا يضمن م: (وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا) ش: عن الكف م: (لا يضمن الأصابع) ش: فكذا في الطرف مع النفس ، وهذا لأن حقه ثابت في النفس ، وكل حق ظهر في النفس يظهر في حق الأطراف طبعًا لأنهما من جملة النفس .

م: (وله) ش: أي لأبي حنيفة : م: (أنه استوفى غير حقه ؛ لأن حقه في القتل وهذا قطع وإبانة) ش: القطع هو الإبانة ، والقتل إزهاق بينهما مغايرة .

م: (وكان القياس أن يجب القصاص) ش: يعني في اليد م: (إلا أنه سقط للشبهة) ش: أي غير أن القصاص سقط للشبهة ، وعلل الشبهة بقوله : م: (فإن له أن يتلفه تبعًا) ش: أي يتلف الطرف تبعًا للنفس .

م: (وإذا سقط) ش: أي القصاص م: (وجب المال، وإنما لا يجب) ش: أي المال م: (في الحال) ش: هذا جواب عما يقال لما سقط القصاص ووجب المال كان ينبغي أن يثبت المال في الحال ، ولا يتوقف على البرء كما في الجنايات .

فأجاب بقوله : م: (لأنه يحتمل أن يصير قتلاً بالسراية فيكون مستوفيًا حقه) ش: فلا يبقى له شيء م: (وملك القصاص في النفس ضروري) ش: هذا جواب عن قولهما إنه استوفى حقه فقال : ليس كذلك ؛ لأن ثبوت القصاص لما كان ضروريًا لثبوته مع المنافي ، وهو الحرمة لأن الآدمي بنيان الرب ، فلا يحل تخريبه .

فإذا كان كذلك م: (لا يظهر) ش: إلا في أحوال ثلاثة ، أشار إليها بقوله م: (إلا عند الاستيفاء) ش: وهو استيفاء النفس بالقصاص . م: (أو العفو أو الاعتياض) ش: عنه وهو عفو من وجه م: (لما أنه تصرف فيه) ش: أي لما أن كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة تصرف في القاتل ، فلا يجوز التصرف بغيرها .

فأما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما إذا سرى لأنه استيفاء . وأما إذا لم يعف وما سرى . قلنا : إنما تبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا ، وبرأ ، الصحيح إنه على هذا الخلاف . وإذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ، ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح ، والأصابع وإن كانت تابعة قياماً بالكف ، فالكف تابعة لها عرضاً بخلاف الطرف لأنها تابعة للنفس من كل وجه .

م: (**فأما قبل ذلك**) ش: أي قبل التصرف بهذه الأشياء الثلاثة م: (**لم يظهر**) ش: أي ملك القصاص م: (**لعدم الضرورة**) ش: أي إظهاره . فإذا كان الملك عندما قبل الاستيفاء في حق المحل ، فلا يظهر في الأطراف قبل الاستيفاء . إذ القتل به الاستيفاء بحكم ، إلا أن بظهوره في حق الأطراف فلم يكن هذا الاستيفاء لحقه .

م: (**بخلاف ما إذا سرى**) ش: جواب عن قولهما : «وكذا إذا سرى » أي القطع .

م: (**لأنه استيفاء وأما إذا لم يعف وما سرى**) ش: جواب عن قولهما : أو ما عفا ، وما سرى .

م: (**قلنا إنما تبين كونه قطعًا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ ، الصحيح أنه على هذا الخلاف**) ش: فلا يكون مستشهداً به . وقال الإمام علاء الدين - رحمه الله - : لو قطع وما عفا وبرأ اختلف المشايخ فيه ، والصحيح أنه على الخلاف .

م: (**وإذا قطع ثم حز رقبته**) ش: جواب عن قولهما : أو قطع ثم حز رقبته إلى آخره ، تقرير الجواب : أن حزه الرقبة إن كان م: (**قبل البرء فهو استيفاء**) ش: فلا يضمن لأن الطرف صار مستحقًا في حق القتل وهذا الفعل صار قتلاً . م: (**ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح**) ش: أي كونه على الخلاف هو الصحيح فلا يكون مستشهداً به .

م: (**والأصابع وإن كانت تابعة**) ش: جواب عن قولهما : وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف . . . إلى آخره . تقديره : أن الأصابع وإن كانت تابعة ، يعني للكف حال كونها م: (**قيامًا بالكف**) ش: من حيث إنها تقوم بالكف م: (**فالكف تابعة لها**) ش: أي للأصابع م: (**عرضًا**) ش: أي من حيث العرض لأن منفعة البطش تقوم بالأصابع ، والكف كالشرط له . وهو اختيار بعض المشايخ ، فإنهم تبرعوا بالفرق .

ومنعه صاحب « الأسرار» وقال : لا نسلم أنه لا يلزمه ضمان الأصابع ، بل يلزمه إذا عفي عن الكف .

م: (**بخلاف الطرف**) ش: مع النفس م: (**لأنها تابعة للنفس من كل وجه**) ش: فلم يكن مستحقًا أصلاً فكان قطع اليد قطعًا بغير حق ، فوجب الضمان .

قال : ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات ، يضمن دية النفس عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقالا : لا يضمن لأنه استوفى حقه وهو القطع ، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص ، إذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه، فصار كالإمام والبزاغ والحجام والمأمور يقطع اليد . وله : أنه قتل بغير حق ؛ لأن حقه في القطع ، وهذا وقع قتلاً ، ولهذا الوقع ظلماً كان قتلاً . ولأنه جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة ، وهو مسمى القتل . إلا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل؛ لأنه مكلف فيها بالفعل إما تقليداً كالإمام أو عقداً

قال : أي في الأصل، لأن هذه من مسائل الأصل ذكرها تفريعًا ، وليست بمذكورة في البداية ، فعلى هذا لم يقع لفظ .

م: (**قال**) ش: في أول المسألة مناسبًا م: (**ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقالا : لا يضمن**) ش: .

وبه قال الشافعي ومالك - رحمهما الله - وأحمد ؛ م: (**لأنه استوفى حقه وهو القطع ، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص، إذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه ، فصار كالإمام**) ش: أي القاضي ، إذا قطع يد السارق ومات من ذلك .

م: (**والبزاغ**) ش: من بزغ البيطار الدابة شقها بالمبزغ ، وهو مثل شرط الحجام م: (**والحجام**) ش: هو الذي يحجم م: (**والمأمور بقطع اليد**) ش: إذا مات المقطوع ، لأن كل واحد من هؤلاء مأذون بما فعله فلا يوصف بالتعدي ، فلا يضمن .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - : م: (**أنه**) ش: أي أن القاطع م: (**قتل بغير حق ؛ لأن حقه في القطع ، وهذا وقع قتلاً ، ولهذا الوقع ظلمًا**) ش: أي ولكونه قطعًا بغير حق لو وقع هذا القطع ظلمًا من غير قصاص ، وسرى إلى النفس م: (**كان قتلاً**) ش: موجبًا للقصاص أو الدية في حق النفس .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن هذا الفعل م: (**جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة**) ش: يعني أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وهو مسمى القتل ، أي الجرح الذي يقضى فوات الحياة هو المسمى بالقتل ، وكان القياس أن يكون فيه القصاص .

م: (**إلا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل ؛ لأنه**) ش: أي لأن الذي باشر فكان فيها أي في المسائل م: (**مكلف فيها بالفعل إما تقليدًا**) ش: أي من حيث التقلد م: (**كالإمام**) ش: فإنه إذا تقلد وجب عليه أن يحكم . م: (**أو عقدًا**) ش: أي من حيث العقد م:

كما في غيره منها ، والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي إلى الحربي . وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب . إذ هو مندوب إلى العفو فيكون من باب الإطلاق فأشبه الاصطياد والله أعلم بالصواب .

(**كما في غيره**) ش: أي غير الإمام وهو البزاغ والحجام والختان م: (**منها**) ش: أي المسائل م: (**والواجبات**) ش: أي الأمور التي يجب فعلها م: (**لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي إلى الحربي**) ش: فإنه إذا رمى إلى الحربي فأصاب أسيرًا مسلمًا لم يضمن .

م: (**وفيما نحن فيه**) ش: بأن الاستيفاء م: (**لا التزام**) ش: من الذي فعل م: (**ولا وجوب**) ش: من حيث الشرع م: (**إذ هو مندوب إلى العفو**) ش: قال الله تعالى : ﴿ **وأن تعفو أقرب للتقوى**﴾ .

م: (**فيكون من باب الإطلاق**) ش: أي الإباحة م: (**فأشبه الاصطياد**) ش: فإنه إذا رمى إلى صيد فأصاب إنسانًا ضمن كذا هذا .

فإن قيل : ما الفرق بين هذه وبين المستعير والمستأجر ، ويعلم ضرب الصبي بإذن الأب ، فمات . وقاطع يد حربي أو مرتد أسلم بعد القطع ، فإنه لا يجب على المستعير والمستأجر الركوب إذا نفقت الدابة منه ، وعلى المعلم والقاطع ضمان وها هنا يجب إذا سرى ؟ .

وأجيب : بأن في الثلاثة الأول حصل سبب الهلاك بإذن فنقل إلى الآذن ، ولو أهلك المالك دابته لم يجب عليه شيء ، فكذا إذا أذن بسبب الهلاك .

والأب إذا قتل ابنه يجب عليه الدية ، فكذلك هنا ، بخلاف القصاص فإنه يقع بالملك دون الإذن .

ولما قطع وسرى كان القطع قتلاً وليس له ملك القتل ، فكان متصرفًا في غير ملكه وهو يوجب الضمان .

وأما الرابع : فلأن القطع مع السراية يصير قتلاً من الابتداء ، ولو وقع ابتداء وقع القتل قبل الإسلام في مباح الدم ، وذلك لا يوجب الضمان ، فكذا إذا صار قتلاً في الانتهاء لأنه مستند إلى ابتداء القطع .

***

باب الشهادة في القتل

قال : ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب ، فأقام الحاضر البينة على القتل ، ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة . وقالا : لا يعيد وإن كان خطأ لم يعدها بالإجماع وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر . لهما في الخلافية : أن القصاص طريقه طريق الوارثة كالدين وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية . ولهذا لو انقلب مالاً يكون للميت ، ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت

م: (باب الشهادة في القتل)

ش: أي : هذا باب في بيان حكم الشهادة في القتل، ولما كانت الشهادة فيه متعلقًا بالقتل ذكرها بعد ذكر حكم القتل ، لأنه لما تعلق به صار كالتابع له .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في« الجامع الصغير» : م: (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب ، فأقام الحاضر البينة على القتل ، ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة) ش: يعني إذا أقام الحاضر البينة أنه قتل أباه عمداً ، قبلت البينة وحبس القاتل ، فإذا حضر الغائب كلفا جميعاً إعادة البينة

م: (وقالا لا يعيد) ش: وهو قياس الأئمة الثلاثة -رحمهم الله- م: (وإن كان) ش: أي القتل م: (خطأ لم يعدها) ش: أي البينة م: (بالإجماع. وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر) ش: لا يكلف بإقامة البينة بالإجماع ، ويكون الحاضر خصماً عن نفسه وعن أخيه الغائب .

م: (لهما) ش: أي لأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- م: (في الخلافية) ش: أي في المسألة الخلافية : م: (أن القصاص طريقه طريق الوراثه) ش: أي على معنى أنه يثبت للميت أولاً ، ثم ينتقل عنه إلى الوارث فصار م: (كالدين) ش: وثمة أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في إثباته. ولهذا يحبس القاتل بهذه البينة ، لأن الوارث خصم في إثباته .

م: (وهذا) ش: توضيح لما قبله ، أي كونه بطريق الوراثة م: (لأنه) ش: أي لأن القصاص م: (عوض عن نفسه) ش: أي نفس الميت ، لأن النفس نفس م: (فيكون الملك فيه) ش: أي في العوض م: (لمن له الملك في المعوض) ش: وهو النفس . م: (كما في الدية) ش: إذا ادعى الحاضر الدية لم يكلف إعادة البينة بالاتفاق وإذا حضر الغائب .

م: (ولهذا) ش: أي ولأجل كون طريق القصاص طريق الوراثة م: (لو انقلب) ش: أي القصاص م: (مالاً يكون للميت) ش: يقضى به دينه وينفذ منه وصاياه . م: (ولهذا) ش: أي ولأجل ذلك م: (يسقط) ش: أي القصاص م: (بعفوه) ش: أي بعفو المجروح م: (بعد الجرح قبل الموت) ش:

فينتصب أحد الورثة خصماً عن البـاقين ، وله : أن القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة ، ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت ، والميت ليس من أهله بخلاف الدين والدية ؛ لأنه من أهل الملك في الأمـوال ، كما إذا نصب شـبكة فتـعلق بها صـيد بعـد موته فإنه يمـلكه . وإذا كان طريقه الإثبات ابتـداء لا ينتصب أحدهـم خصـمًا عن الباقين فيعـيد البينة بعد حضـوره . فإن كان أقام القاتل البـينة أن الغائب قد عفا فـالشاهد خصم ويسقط القصـاص ، لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال ولا يمكنه إثباته إلا بـاثبات العفو من الغائب ، فينتصب الحاضر خصـماً عن الغائب .وكذلك عـبد بين رجلين قتل عـمداً وأحد الرجلين غائب فـهو على هذا لما بيناه . قال : فإن كان الأولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا

فإذا كان كذلك م: **(فينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقين)** ش: لأنهم كالوكلاء عن الميت فينفر كل منهم بإثبات حقوقه .

م: **(وله)** ش: أي ولأبي حنيفـة -رحمـه الله- : م: **(أن القـصاص طريقـه طريق الخلافـة دون الوراثة)** ش: وهو أن يثبت الملك ابتداء للوارث دون المورث لقوله تعالى : **﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً ﴾** ثم أوضح ذلك بقوله : م: **(ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت ، والميت ليس من أهله)** ش: أي من أهل القصاص ، لأنه شرع للتشفي ودرك الثأر كالعبد إذا نصب فإنه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لأن العبد ليس بأهل للملك .

م: **(بخلاف الدين والدية)** ش: هذا جواب عن قولهما «كالدين» م: **(لأنه)** ش: أي لأن الميت م: **(من أهل الملك في الأموال ، كـما إذا نصب شبكة فتـعلق بها صيـد بعد موته فإنه يملكه وإذا كـان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصماً عن الباقين فيعيد)** ش: أي الغائب م: **(البينة بعد حضوره ، فإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم)** ش: أي الحاضر خصم في ذلك .

م: **(ويسقط القصاص ؛ لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القـصاص إلى مال ولا يمكنه إثباته إلا باثبات العفـو من الغائب ، فينتصب الحـاضر خصماً عن الغـائب ، وكذلك عبد بين رجلين قـتل عمداً وأحد الرجـلين غائب فهـو على هذا)** ش: الحكم المذكور م: **(لما بينـاه)** ش: وهو : أن القود مشترك بينهـما ، فـالقاتل يدعي بطلان حق الحاضر واتباعاً له ، ولا يمكنه إثبات ذلك إلا بإثبات العفـو عن الغائب ، فصار الغـائب مقضياً عليه ، ويحتمل أن يكون قوله : «على ما بيناه» من أن ملك القود يثبت عندهما بطريق الوراثة ، لأن العفو تبقى في حق الدم على أصل الحرية وعنده بطريق الخلافة .

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله- في الجامع الصغير م: **(فإن كـان الأولياء ثلاثة)** ش: أي وإن كان أولياء المقتول عمداً ثلاثة النفس . م: **(فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا)** ش: أي عن

فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لأنهما يجران بشهادتهما إلى أنفسهما مغنماً ، وهو انقلاب القود مالاً فإن صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثًا . معناه إذا صدقهما وحده ، لأنه لما صدقهما فقد أقر بثلثي الدية لهما فصح إقراره، إلا أنه يدعى سقوط حق المشهود عليه ، وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وإن كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية ومعناه إذا كذبهما القاتل أيضاً ، وهذا لأنهما أقرا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالاً فلا يقبل إلا بحجة ، وينقلب نصيب المشهود عليه مالاً لأن دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه ؛ لأن سقوط القود مضاف إليهما ، وإن صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لإقراره له

القصاص م: (**فشهادتهما باطلة وهو عفو**) ش: لأنهما زعما أن القود قد سقط وزعمهما معتبر فيه .

م: (**منهما لأنهما يجران**) ش: هذا تعليل لقوله (فشهادتهما باطلة) ولم يذكر تعليل قوله : وزعمهما معتبر في حقهما ، ونحن ذكرناه الآن : أن الوليين من الأولياء الثلاثة يجران م: (**بشهادتهما إلى أنفسهما مغنمًا وهو انقلاب القود مالاً فإن صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثاً**) ش: هنا لفظ محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» أن جميع الدية للأولياء الثلاثة أثلاثاً وتتأتى فيه القسمة الفعلية ، لأنه إما أن يصدقهم القاتل ، والمشهود عليه جميعاً أو يكذبهما أو يصدقهما القاتل دون المشهود عليه أو بالعكس ، والمذكور في الكتاب أولاً : أن يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهم أثلاثاً .

وقال المصنف -رحمه الله- م: (**معناه : إذا صدقهما وحده**) ش: يعني إذا صدق القاتل الشاهدين وحده ولم يصدق المشهود عليه بل كذبهما قيد به لأنه إذا صدق المشهود عليه مع القاتل أيضاً سقط حقه في الدية لاقراره بالعفو . م: (**لأنه لما صدقهما فقد أقر بثلثي الدية لهما فصح إقراره ، إلا أنه يدعي سقوط حق المشهود عليه ، وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه . وإن كذبهما**) ش: أي وإن كذبهما القاتل م: (**فلا شيء لهما**) ش: أي للشاهدين م: (**وللآخر**) ش: وهو المشهود عليه م: (**ثلث الدية ، ومعناه إذا كذبهما القاتل**) ش: والمشهود عليه م: (**أيضاً**) .

ش: وفي بعض النسخ : معناه : إذا كذبهما القاتل أيضاً ، فعلى تلك النسخة يكون تقدير قوله : «وإن كذبهما » أي المشهود عليه والأول أصح .

م: (**وهذا**) ش: توضيح لما قبله م: (**لأنهما أقرا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالاً فلا يقبل إلا بحجة ، وينقلب نصيب المشهود عليه مالاً لأن دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه ، لأن سقوط القود مضاف إليهما وإن صدقهما المشهود عليه وحده**) ش: يعني وكذبهما القاتل م: (**غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لإقراره له بذلك**) ش:

بذلك . قال : وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتي مات فعليه القود إذا كان عمداً ؛ لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة ، وفي ذلك القصاص على ما بيناه ، والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه ، لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات ، وتأويله إذا شهدوا

أي لإقرار القاتل للمشهود عليه بذلك : أي بثلث الدية إذا أنكر عفو المشهود عليه بعد انقلاب القصاص مالاً بشهادة صاحبه ، ولكنه يصرف إلى الشاهد ، وفي بعض النسخ : ولكنه يصرف ذلك إلى الشاهدين وهذا استحسان .

والقياس : أن لا يلزمه شيء ، لأن ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لإنكاره ، وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه ، أي بتكذيب المشهود عليه القاتل في إنكاره العفو ، يعني لما صدق المشهود عليه الشاهدين ، صار تصديقه تكذيباً منه للقاتل في إنكاره العفو بعدد بالقياس .

قال زفر -رحمه الله- : وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقر للمشهود عليه بثلث الدية ، لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو على الغائب ، وانقلب نصيبه مالاً . والغائب لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالاً فصار مقراً لهما ، أي صار الغائب وهو المشهود عليه بالعفو مقراً للشاهدين بما أقر به القاتل ، وهو ثلث الدية له ، أي للغائب ، فيجوز إقراره بذلك بمنزلة ما لو أقر رجل لرجل بألف درهم ، فقال المقر له هذه الألف ليست لي ولكنها لفلان ، جاز وصار الألف لفلان ، وكذا هذا حاصله : أن من أقر لإنسان بشيء فأقر المقر له لغيره لا يصير رداً للإقرار ، ولكن يتحول الحق إلى المقر له الثاني .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في« الجامع الصغير» : م: **(وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل)** ش: أي المضروب م: **(صاحب فراش)** ش: يعني لم يحصل له البرء أصلاً م: **(حتى مات فعليه القود)** ش: أي القصاص ، إلى هنا لفظ محمد في« الجامع» .

وقال المصنف م: **(إذا كان عمداً)** ش: احترز به عن الخطأ وتفسير العمد أن يضربه عمداً فيموت بسبب ذلك الضرب ، حتى لو كان يوم ويذهب في حوائجه بعد الضرب لا يقبل ، وإن كان صاحب فراش بذلك الضرب ومات ، فقد مات بذلك السبب فوجب الحكم به .

م: **(لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة ، وفي ذلك القصاص على ما بيناه)** ش: في القتل العمد م: **(والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه؛ لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات . وتأويله)** ش: أي وتأويل قول محمد -رحمه الله- : م: **(إذا شهدوا)** ش:

أنه ضربه بشيء جارح . قال : وإذا اختلف شاهدا القتل في الأيام أو في البلد أو في الذي كان به القتل فهو باطل لأن القتل لا يعاد ولا يكرر ، والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو في مكان آخر ، والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني عمد والأول شبه العمد ويختلف أحكامهما ، فكان على كل قتل شهادة فرد . وكذا إذا قال أحدهما : قتله بعصا ، وقال الآخر : لا أدري بأي شيء قتله ، فهو باطل ؛ لأن المطلق يغاير المقيد . قال : وإن شهدا أنه قتله وقالا : لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحساناً . والقياس أن لا

الشهود أنه ضربه إلى آخره م: **(أنه ضربه بشيء جارح)** ش: يعني مثل السيف وما يجري مجراه في تفريق الأجزاء لأن في غير ذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة . وإنما أول بذلك لتكون المسألة مجمعاً عليها ، لا يقال : الضرب بسلاح قد يكون خطأ ، فيكف يجب القود ؟ لأنا نقول: لما شهدوا أنه ضربه بسلاح ثبت العمد لا محالة ؛ لأنه كان خطأ لقالوا إنه قصد غيره فأصابه .

م: **(قال)** ش: أي قال محمد في «الجامع الصغير» : م: **(وإذا اختلف شاهدا القتل في الأيام)** ش: بأن قال أحد الشاهدين إنه قتل يوم الخميس ، وقال الآخر: يوم الجمعة م: **(أو في البلد)** ش: بأن قال أحدهما : اقتله بالبصرة ، وقال الآخر: بالكوفة م: **(أو في الذي كان به القتل)** ش: أي واختلف في شيء الذي كان به القتل أحدهما بالعصا . وقال الآخر: بالسيف م: **(فهو باطل)** ش: أي لا تسمع هذه الشهادة م: **(لأن القتل لا يعاد ولا يكرر)** ش: ، وهذا ظاهر .

م: **(والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو في مكان آخر . والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني)** ش: أي القتل بالسلاح م: **(عمد ، والأول)** ش: أي القتل بالعصا م: **(شبه عمد ، ويختلف أحكامهما ، فكان على كل قتل شهادة فرد)** ش: ولم يوجد الاتفاق من الشاهدين على قتل واحد فلم تقبل شهادتهما .

م: **(وكذا)** ش: الحكم م: **(إذا قال أحدهما)** ش: أي أحد الشاهدين م: **(قتله بعصا ، وقال الآخر: لا أدري بأي شيء قتله ، فهو باطل لأن المطلق يغاير المقيد)** ش: لأن المقضي به إن كان القتل بعصا فالدية على العاقلة ، وإن كان المقضي به لا يعلم فالدية في ماله . كذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده -رحمه الله .

م: **(قال)** ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: **(وإن شهدا أنه قتله ، وقالا: لا ندري بأي شيء قتله ، ففيه الدية)** ش: لأن أحدهما شهد بقتل معلوم لا يوجب القصاص ، والآخر بقتل محمول فلم يتفقا على قتل واحد ، فإذا كان كذلك فعليه الدية ، م: **(استحساناً ، والقياس: أن لا**

تقبل هذه الشـهادة ، لأن القتل يختلف باختـلاف الآلة ، فجهل المشـهود به . وجه الاسـتحسان : أنهم شهـدوا بقتل مطلق ، والمطلق ليس بمجـمل ، فيجب أقل مـوجبيـه وهو الدية ، ولأنه يحمل إجمالهم في الشهادة على إجمالهم بالمشهود عليه ستراً عليه . وأولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد بإطلاقه

تقبل هذه الشهادة ؛ لأن القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به) ش: لأنه غفلة من الشاهدين م: **(وجه الاستحسان : أنهم شهدوا بقتل مطلق ، والمطلق ليس بمجمل)** .

ش: ولهذا وجب التحرير في التكثير بقوله : «فتحرير رقبة »، ولو كان مجملاً لما وجب الكل فإذا كان كذلك م: **(فيجب أقل موجبيه)** ش: أي أقل موجبي القتل وهو القصاص والدية . قال شيخنا العلاء أدنى موجبيه وفيه صفة التجنيس التام كما في قوله تعالى : **﴿ ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة ﴾** .

الأول : بمعنى الإبهام ، والثاني : بمعنى الإحسان . وصرح في المبسوط بأحد موجبيه م: **(وهو : الدية ، ولأنه يحمل إجمالهم)** ش: أي إجمال المشهود م: **(في الشهادة على إجمالهم)** ش: أي إحسانهم م: **(بالمشهود عليه ستراً عليه)** ش: ، أي لأجل الستر عليه حتى لا يجب عليه القصاص . وهذا في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان ، وهو أن يقول المشهود في قولهم : لا ندري بأي شي قتله . إما صادقون وإما كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب . وعلى كل التقدير يجب أن لا تقبل شهادتهم ، لأنهم إن صدقوا امتنع العصابة لاختلاف موجب السيف والعصا . وإن كذبوا فكذلك ، لأنهم صاروا فسقة . وقال في جوابه : جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري ستروا عليه . م: **(وأولوا كـذبهم)** ش: أي المشائخ أولوا كذب الشهود م: **(في نـفي العـلم)** ش: أي في قـولهم : لا ندري م: **(بظاهر مـا ورد)** ش: نصب بنزع الخـافض ، أي بظاهر مـا ورد م: **(بإطلاقه)** ش: أي بإطلاق الكذب أي تجـويزه على مـا ورد في الحديث من قوله ﷺ : **«ليس بكذاب من أصلح الـوصل وأنهى البين الوصل »** . قاله الجوهري ، والشراح كلهم ذكروا هذا الحديث ولم يتعرض أحد منهم من أخرجه ولا من رواه عن النبي ﷺ .

قلت : الحديث رواه ابن أبي شيبة -رحمه الله- ، ولفظه : حدثنا يزيد بن هارون حدثنا سفيان بن حسين عن الزهري ، عن عبد الرحمن عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ : **« لم يكذب من قال خيراً أو أصلح بين اثنين »** [1] .

---

(١) قلت : فيه سفيان بن حسين وهو ثقة فيما عدا الزهري باتفاقهم ، ورواه البيهقي في «الشعب» (٧/ ٤٩٠)، [١١٠٩٥] عن معمر عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أمه أم كلثوم . . . مرفوعاً .

في إصلاح ذات البين ، وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك ، وتجب الدية في ماله ؛ لأن الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة . قال : وإذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلاناً ، فقال الولي : قتلتماه جميعاً ، فله أن يقتلهما ، وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلانًا وشهد آخرون على آخر بقتله ، وقال الولي : قتلتماه جميعاً بطل ذلك كله . والفرق أن الإقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص ، وقد حصل التكذيب في الأولى

وروى أبو داود والترمذي -رحمهما الله- من حديث أبي الدرداء -رضي الله عنه- قال : قال رسول الله ﷺ : « **ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة؟** » قالوا : بلى . قال : « **إصلاح ذات البين** » [1] .

وروى البيهقي في «شعب الإيمان» من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ قال : « **ما عمل ابن آدم شيئاً أفضل من الصلاة** » [2] .

م: (**في إصلاح ذات البين وهذا في معناه**) ش: أي ستر الشاهد على المشهود عليه ما يوجب القتل في معنى إصلاح ذات البين ، لأن العفو مندوب هنا لقوله تعالى : ﴿ **وإن تعفوا أقرب للتقوى** ﴾ . كما أن الإصلاح مندوب ثمة فكان تجويز الكذب ثمة تجويزاً هنا .

م: (**فلا يثبت الاختلاف بالشك**) ش: يعني إذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجملوا ، واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك ، والاختلاف لا يثبت بالشك .

م: (**وتجب الدية في ماله ؛ لأن الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة**) ش: لأن العاقلة لا تتحمل العمد .

م: (**قال**) ش: أي محمد في« الجامع الصغير » : م: (**وإذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانًا، فقال الولي قتلتماه جميعاً ، فله أن يقتلهما**) ش: أما لو قال صدقتهما في هذه الصورة لا يقتل واحد منهما . ذكره التمرتاشي -رحمه الله .

م: (**وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلاناً وشهد آخرون على آخر بقتله ، وقال الولي : قتلتماه جميعاً بطل ذلك كله . والفرق أن الإقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما**) ش: أي من الإقرار والشهادة ، م: (**وجود كل القتل ووجوب القصاص ، وقد حصل التكذيب في الأولى**) ش: أي في الوجه الأول م:

---

(١) رواه أبو داود [٤٩١٨] ، الترمذي [٢٦٤٠] عن أبي معاوية عن الأعمش عن عمرو بن مرة عن سالم بن أبي الجعد عن أبي الدرداء . . . مرفوعًا ، وإسناده صحيح لولا عنعنة الأعمش فإنه مدلس .

(٢) صحيح : رواه البيهقي (٧/ ٤٨٩) ، [١١٠٩١] عن يونس بن ميسرة بن حلبس عن أبي إدريس الخولاني عن أبي هريرة . . مرفوعًا ، وزاد فيه : « وصلاح ذات البين وخلق حسن» .

من المقر له ، وفي الثـاني من المشهـود له غير أن تكذيب المقـر له المقر في بعض مـا أقر به لايبطل إقراره في البـاقي ، وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض مـا شهد به يبطل شـهادته أصلاً ؛ لأن التكذيب تفسيق ، وفسق الشاهد يمنع القبول ، إما فسق المقر فلا يمنع صحة الإقرار .

(**من المقر له ، وفي الثاني من المشهود له غيـر أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به**) ش: قيد به لأن تكذيب المقر له في كل ما أقر به المقربطل لإقراره م: (**لا يبطل إقراره فـي الباقي**) ش: ، فإن مـن أقر بألف درهم فصدق المقر له في النصف وكذبه في النصف صح الإقرار فيما صدقه .

م: (**وتكذيب المشهود له الشـاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصـلاً ، لأن التكذيب تفسيق**) ش: للشـاهد م: (**وفسق الشـاهد يمنع القبـول ، أما فسق المقـر فلا يمنع صحـة الإقرار**) ش: فافترقا أي الوجهان المذكوران .

***

باب في اعتبار حالة القتل

قال : ومن رمى مسلمًا فارتد المرمي إليه -والعياذ بالله - ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة -رحمه الله-، وقالا : لا شيء عليه ؛ لأنه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً للرامي عن موجبه ، كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت ، وله : أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي ، إذ لا فعل منه بعده ، فتعتبر حالة الرمي ، والمرمي إليه فيها متقوم ، ولهذا تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم برده الرامي بعد الرمي . وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وإن

م: **(باب في اعتبار حالة القتل)**

ش: أي هذا باب في اعتبار حالة القتل والحالة من الصفات لزومها فلذلك ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق .

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله- في« الجامع الصغير» : م: **(ومن رمى مسلماً فارتد المرمي إليه- والعياذ بالله - ثم وقع به السهم)** ش: هو مرتد م: **(فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة- رحمه الله-)** ش: أي لورثة المرتد . م: **(وقالا)** ش: أي أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- :م: **(لا شيء عليه)** ش: من الدية والقصاص . وبه قالت الأئمة الثلاثة -رحمهم الله- م: **(لأنه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً للرامي عن موجبه)** ش: أي عن موجب القتل سقوط عصمة نفسه م: **(كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت)** ش: أي كما أبرأ الرامي بعد جرحه إياه حقه أي بعد انعقاد سببه ، وهو المرمي قبل أن يصيبه السهم كما لو أعتق المالك عبد المغصوب يصير مبرئاً الغاصب عن الضمان كذا ذكره صدر الإسلام -رحمه الله .

م: **(وله)** ش: أي لأبي حنيفة -رحمه الله- : م: **(أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي ، إذ لا فعل منه بعده)** ش: وما هو كذلك م: **(فتعتبر حالة الرمي ، والمرمي إليه فيها)** ش: أي في حالة الرمي م: **(متقوم)** ش: ثم استوضح ذلك بقوله : م: **(ولهذا)** ش: أي ولأجل اعتبار حالة الرمي م: **(تعتبر حالة الرمي في حق الحل)** ش: أي حل الصيد م: **(حتى لا يحرم برده الرامي بعد الرمي)** ش: إيضاحه لو رمى مسلم إلى صيد قد ارتد -والعياذ بالله- وأصاب الصيد وهو مرتد فجرحه ومات: لا يحل أكله ؛ لأن المعتبر وقت الرمي وذمة الرامي إن كان مجوسياً وكذلك إرسال الكلب على هذا التفصيل .

م: **(وكذا في حق التكفير)** ش: يعني لو كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الإصابة م: **(حتى جاز)** ش: أي التكفير م: **(بعد الجرح قبل الموت)** ش: لأن الاعتبار حالة الفعل م: **(والفعل وإن**

كان عـمداً ، فـالقودِ سـقط للشـبهة ووجَـبت الدية . ولو رمى إليـه وهو مرتد فـأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعاً ، وكـذا إذا رمى حربيًا فأسلم ؛ لأن الرمي ما انعقد موجبًا للضمان لعـدم تقوم المحل فلا ينقلب موجباً لصـيرورته متقوماً بعـد ذلك . قال : وإن رمى عبداً فأعتقه مولاه ثم وقع السـهم به فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة -رحـمه الله-. وقال محمد -رحمه الله- عليـه فضل ما بين قيـمته مرميـاً إلى غير مرمى ، وقول أبي يـوسف-رحمه الله- مع قول أبي حنيفة -رحمه الله- ،

كان عمداً) ش: هذا جواب عما يقال إن كان ما ذكرتم صحيحاً بجميع مقدماته ، والفعل عمد فالواجب القصاص .

وأجاب بقوله : والفعل وإن كان عمداً يقع ، وإن وقع على جهة العمد والقصد م: **(فالقود سقط للشبهة)** ش: الناشئة عن اعتبار حالة الإصابة م: **(ووجبت الدية)** ش: أي في ماله . م: **(ولو رمى إليه وهو مرتد)** ش: أي : والحال أنه مرتد وقت الرمي م: **(فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعاً)** ش: أي في قول أصحابنا ، وقال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- : يجب عليه في المرتد ، والحربي إذا أصابتهما الرمية بعد إسلامهما الدية ، لأن الاعتبار لحالة الاصابة . م: **(وكذا إذا رمى حربياً فأسلم)** ش: ثم وقع به السهم لا يجب شيء م: **(لأن الرمي ما انعقد موجباً للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقل موجباً لصيرورته متقوماً بعد ذلك)** ش: لأن الفعل واحد .

فإن قلت : يشكل بما إذا رمى إلى صيد الحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فقتله يجب الجزاء على الرامي ؟

قلت : جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة المحرم وإشارته .

م: **(قال)** ش: أي قال محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: **(وإن رمى عبداً فأعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة-رحمه الله-)** .

ش: فقال الشافعي وأحمد -رحمه الله- : يجب عليه دية حر لورثته لأن الاعتبار الضمان عندهما حالة الإصابة ، وبقولهما قال زفر -رحمه الله- .

م: **(وقال محمد -رحمه الله- : عليه فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمي)** .

ش: قالوا في تفسير قول محمد -رحمه الله- إنه ينظر بكم يشترى لو لم يكن ذلك الرأي ، وبكم يشترى في تلك الحالة فيجب فضل ما بينهما ، بيانه : أن قيمته إن كانت قبل الرمي ألف درهم وبعد الرمي ثمانمائة درهم يلزمه مائتا درهم .

م: **(وقول أبي يوسف -رحمه الله- مع قول أبي حنيفة-رحمه الله-)** ش: رواه حسن ، كذا قاله

له: أن العتق قاطع للسراية ، وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقض بها قيمة المرمي إليه بالإضافة إلي ما قبل الرمي فيجب ذلك . ولهما : أنه يصير قاتلاً من وقت الرمي ؛ لأن فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته ، بخلاف القطع والجرح لأنه إتلاف بعض المحل وأنه يوجب الضمان للمولى ، وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية . أما الرمي قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء منه لأنه لا أثر له في المحل . وإنما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تتخالف البداية والنهاية فتجب قيمته للمولى ، وزفر - رحمه الله- وإن كان يخالفنا في وجوب القيمة نظر إلى حالة الإصابة ، فالحجة عليه ما

فخر الإسلام البزدوي في «شرح الجامع الصغير» .

م: (له) ش: أي محمد -رحمه الله- : م: (أن العتق قاطع للسراية) ش: لاشتباه من له الحق لأن المستحق حال ابتداء الجناية للمولى وحال الاصابة للعبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء م: (وإذا انقطعت) ش: أي السراية بالعتق م: (بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقض بها قيمة المرمي إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي فيجب ذلك) ش: أي فصل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمي . ولأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- م: (ولهما : أنه يصير قاتلاً من وقت الرمي لأن فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته) ش: وقت المرمى للمولى .

ألا ترى أن رجلاً لو كان مولى لرجل بالموالاة فرمى رجلاً ثم تحول ولاؤه إلى غيره ، فالضمان على مولاه الأول ، ولا يجب على الآخر شيء ، فكذلك ها هنا .

م: (بخلاف القطع والجرح) ش: جواب عما ذكر لمحمد من صورة القطع والجرح استشهاداً على قطع السراية فأجاب بقوله : م: (لأنه) ش: أي لأن كل واحد من القطع والجرح م: (إتلاف بعض المحل وأنه يوجب الضمان للمولى ، وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة البداية) ش: فيعتبر ذلك كتبدل المحل وعند تبدله لا تتحقق السراية كذا ها هنا .

م: (أما الرمي قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء منه) ش: أي من المرمي إليه ، م: (لأنه) ش: الرمي م: (لا أثر له) ش: أي الرمي م: (في المحل) ش: لعدم إصابته إلى المحل م: (وإنما قلت الرغبات فيه فلا يجب به الضمان فلا تتخالف البداية والنهاية فتجب قيمته للمولى) ش: بخلاف الجرح فإن هناك اتصل بالمحل ووجب الجرح للمولى في الحال وعند السراية لو قلنا بوجوب ضمان النفس كان ذلك للعبد الميت فخالفت النهاية البداية . فكذلك قطع العتق السراية .

م: (وزفر -رحمه الله- وإن كان يخالفنا في وجوب القيمة نظر إلى حالة الإصابة) ش: وهو الجرح في تلك الحالة فتجب الدية عنده لا القيمة ، م: (فالحجة عليه) ش: أي على زفر م: (ما

حققناه . قال: ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لأن المعتبر حالة الرمي ، وهو مباح الدم فيها . وإذا رمى المجوسي صيداً ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل ، وإن رماه وهو مسلم ثم تم تمجس والعياذ بالله أكل لأن المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرمة ، إذ الرمي هو الزكاة فتعتبر الأهلية وانسلابها عنده ، ولو رمى المحرم صيداً ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء ، وإن رمى حلال صيداً ثم أحرم فلا شيء عليه لأن الضمان إنما يجب بالتعدي ، وهو رميه في حالة الإحرام وفي الأول هو محرم وقت الرمي ، وفي الثاني حلال فلهذا افترقا ، والله أعلم بالصواب .

حققناه) ش: أراد به قوله من الدلائل لأصحابنا الثلاثة .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامي لأن المعتبر حالة الرمي، وهو مباح الدم فيها) ش: أي في حالة الرمي هكذا هو عند أبي حنيفة ، ولكن يجب الضمان على الراجع إن رجعوا جميعًا يجب عليهم الدية ، وإن رجع واحد ترجع الدية ، وأما عندهما فلأن هذا الفعل لما وقع هدراً لم ينقلب معتبراً ؛ لأن الأصل عندهما أنه إذا وقع معتبراً ثم طلب عصمته يبطل الضمان ، وإذا وقع هدراً ثم صار متقوماً لا ينقلب معتبراً .

م: (وإذا رمى المجوسي صيداً ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل ، وإن رماه وهو مسلم ثم تمجس - والعياذ بالله - أكل ؛ لأن المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرمة ، إذ الرمي هو الزكاة فتعتبر الأهلية وانسلابها) ش: أي سقوط الأهلية م: (عنده) ش: أي عند الرمي م: (ولو رمى المحرم صيداً ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء ، وإن رمى حلالٌ صيداً ثم أحرم فلا شيء عليه لأن الضمان إنما يجب بالتعدي ، وهو رميه في حالة الإحرام وفي الأول) ش: وهو رمي المحرم صيداً م: (هو محرم وقت الرمي ، وفي الثاني) ش: وهو رمية حلالاً هو م: (حلال فلهذا افترقا) ش: أي الوجهان بالتعليل المذكور وفي هذا الفعل اعتبر حالة الرمي بالاجماع م: (والله أعلم بالصواب).

* * *

كتاب الديات

قال : وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه أول الجنايات . قال : وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى : ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ الآية . ﴿فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ بهذا النص ولا يجزئ فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص ، والمقادير

م: (**كتاب الديات**)

ش: أي هذا كتاب في بيان أحكام الديات ، وهي جمع دية ، وأصلها ودية ، لأنها من وديت القتيل أديه دية إذا أعطيت ديته . وحذفت الواو تبعًا ليدي لأن أصله يودي ، فحذفت الواو منه لوقوعها بين الكسرة والياء ، كما في يعدي ونحوه . ولما حذفت الواو من ودية عوضت عنها الهاء كما في عدة ونحوها . وإذا أمرت منه قلت : وديا ، دوا .

وأما الدية اسم لضمان تجب بمقابلة الآدمي أو طرف منه ، سمي بها لأنها يودى عادة لأنه قدر ما يجري فيه العفو العظيم حرمة الآدمي . ولم يسم قيمته لأن قيمة اسم لما يقام مقام الفائت . وفي قيامه مقام الفائت قصوراً لعدم المماثلة بينهما وضمان المال سمي قيمة ، ولا يسمى دية ، لأن معنى القيام فيه أكمل لوجود المماثلة المطلقة .

وأما وجه المناسبة في ذكر الديات بعد الجنايات : فطالما أن الدية إحدى موجبي الجناية لدفع الشر وعين الصيانة ، لكن القصاص أشد صيانة فقدم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على العاقل وقد بيناه أول الجنايات**) ش: وهي الكلام فيه مستوفياً .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وكفارته**) ش: أي كفارة شبه العمد م: (**عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى : ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ الآية**) ش: وشرط الإيمان في كفارة القتل دون سائر الكفارات ؛ لأنه منصوص عليه بالآية المذكورة ، وإن كان ورد في الخطأ ، ولكن لما كان شبه فيه معنى الخطأ ثبت فيه حكم الخطأ م: (**﴿ فإن لم يجد ﴾**) ش: أي فإن لم يقدر على إعتاق الرقبة المؤمنة م: (**﴿فصيام شهرين متتابعين ﴾**) ش: أي فعليه صوم شهرين على التتابع .

م: (**بهذا النص**) ش: أي النص المذكور م: (**ولا يجزئ فيه**) ش: أي في شبه العمد م: (**الإطعام ؛ لأنه لم يرد به نص**) ش: قال الشافعي في قول وأحمد في رواية : فإن لم يقدر على الصيام يجب إطعام ستين مسكيناً عند عدمهما ، م: (**والمقادير**) ش: أي المقدرات الشرعية م:

تعرف بالتوقيف ، ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء ، أو لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم لأنه مسلم به ، والظاهر سلامة أطرافه ولا يجزئ ما في البطن لأنه لم تعرف حياته ولا سلامته . قال : وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله-

---

(**تعرف بالتوقيف**) ش: على ورود النص بخلاف كفارة اليمين وكفارة الظهار وكفارة الصوم ، فإن النص ورد فيها بالإطعام ، ولأن استدلاله من الآية بوجهين آخرين : أحدهما : هو قوله :

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن النص م: (**جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء**) ش: بيانه أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء ، إذ لو لم يكن كذلك للقياس ، فلا يعلم أنه هو نحو الجزاء ، وبقي منه شيء ومثله محل . ألا ترى أنه لو قال إن رمت الدار فأنت طالق، وفي نية أن يقول : وزينب طالق وعبده حر ولكن لم يقله يجعله قوله : فأنت طالق جزاء كاملاً من غير أن يقدر فيه وزينب طالق أيضاً ، وعبدي حر أيضاً .

الوجه الثاني : هو قوله : م: (**أو لكونه**) ش: أي لكون الصيام م: (**كل المذكور**) ش: لا غير م: (**على ما عرف**) ش: يعني في أصول الفقه .

م: (**ويجزئه**) ش: أي يجزي الذي عليه عتق رقبة إعتاق م: (**رضيع أحد أبويه مسلم**) ش: قيد به لأنه لو كانا كافرين لم يجزه م: (**لأنه**) ش: أي لأن الرضيع م: (**مسلم به**) ش: أي بأحد أبويه ؛ لأن شرط هذا الإعتاق الإسلام وسلامة الأطراف ، والأول : يحصل بإسلام أحد الأبوين ، والثاني بالظاهر ، وأشار إليه بقوله : م: (**والظاهر سلامة أطرافه**) ش: أي أطراف الصغير ، لأن الأصل هو السلامة .

وتأويل المسألة أنه أعتق ، ثم عاش حتى ظهرت سلامة أعضائه وأطرافه حتى أنه لو مات قبل أن يظهر ذلك لم تتأد به الكفارة . كذا قال فخر الإسلام في «شرح الجامع الصغير » .

م: (**ولا يجزئ**) ش: أي لا يجزئ إعتاق م: (**ما في البطن ؛ لأنه لم تعرف حياته ولا سلامته**) ش: ظاهر .

م: (**قال**) ش: المصنف : م: (**وهو الكفارة**) ش: أي تحرير رقبة مؤمنة هو الكفارة م: (**في الخطأ لما تلوناه**) ش: وهو قوله تعالى : ﴿ **فتحرير رقبة مؤمنة** ﴾ .

م: (**وديته**) ش: أي ودية شبه العمد م: (**عند أبي حنيفة وأبي يوسف-رحمهما الله-**) ش: كذا في نسخة شيخ العلاء « أبي يوسف » مذكور مع أبي حنيفة . وفي «الهداية »: فقال الأترازي :

مائة من الإبل أرباعاً : خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة . وقال محمد والشافعي -رحمهما الله-: أثلاثاً ، ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة

وغيره لم يذكر أبو يوسف سهو القلم عن صاحب «الهداية» أو عن الكاتب . وقال الكاكي : الاقتصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من« المباسيط » و«الجوامع» و«الأسرار» و«الإيضاح » ، فإن المذكور فيها عن أبي حنيفة وأبي يوسف . وثبت في بعض النسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف موافقاً لعامة الروايات .

م: **(مائة من الإبل أرباعاً)** ش: أي من حيث الأرباع ، وبين ذلك بقوله : م: **(خمس وعشرون بنت مخاض)** ش: بنت منصوب ؛ لأنه مميز أحد عشر إلى تسعة وتسعين يجيء منصوباً . وبنت مخاض هي التي طعنت في السنة الثانية . سميت بها ؛ لأن أمها صارت ذات مخاض بأخرى .

م: **(وخمس وعشرون بنت لبون)** ش: وهي التي طعنت في السنة الثالثة ، سميت بها لأن أمها تلد أخرى ، ولبون : ذات لبن .

م: **(وخمس وعشرون حقة)** ش: وهي التي طعنت في السنة الرابعة ، وحق لها أن تركب وتحمل .

م: **(وخمس وعشرون جذعة)** ش: وهي التي طعنت في السنة الخامسة ، سميت به لمعنى في أسنانها يعرفه أرباب الإبل ، وهي أكبر سن يؤخذ في الزكاة .

م: **(وقال محمد والشافعي -رحمهما الله-: أثلاثاً، ثلاثون جذعة ، وثلاثون حقة ، وأربعون ثنية)** ش: وهي التي طعنت في السادسة ، والذكر ثني . م: **(كلها)** ش: أي كل الثنايا م: **(خلفات)** ش: جمع خلفة وهي الحامل من النوق . م: **(في بطونها أولادها)** ش: صفة كاملة ، قاله الأكمل .

وقال الكاكي : الخلفة الحامل من النوق وجمعها مخاض من غير لفظها ، وقد يقال خلفات . فعلى هذا التفسير يكون قوله : «في بطونها أولادها » صفة مقدرة ، كما في قوله ﷺ **«ما ألقته الفرائض فلأول رجل ذكر »** ،وبقول محمد -رحمه الله- قال أحمد في رواية ، وبقول أبي حنيفة قال مالك وأحمد في رواية ، وهو قول الزهري وربيعة وسليمان بن يسار م: **(لقوله عليه الصلاة والسلام)** ش: أي لقول النبي ﷺ م: **(ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة**

من الإبل أربعون منهـا في بطونها أولادها » وعن عمر - رضي الله عنه-: ثلاثـون حقة وثلاثون جذعة . ولأن دية شـبه العمد أغلظ ، وذلك فيـما قلنا ، ولهما قوله عليـه الصلاة والسلام : « في نفس المؤمن مائة من الإبل وما رواياه غير ثابت لاختلاف الصحابة - رضي الله عنهم - في صفة التغليظ ، وابن مسعود - رضي الله عنه-قال بالتغليظ أرباعاً كما ذكرنا ،

من الإبل أربعون منها في بطـونها أولادها ، وعن عمر - رضي الله عنه - ثلاثون حقـة وثلاثون جذعة) ش: هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه[1] ، وقد تقدم في الجنايات .

م: **(ولأن دية شبه العمد أغلظ ، وذلك فيما قلنا)** ش: يعني أغلظ من حرمة الخطأ المحض ، فإن الإبل يجب فيـه أخـماسـاً ، وذلك أي كـونه أغلـظ من دية الخطأ المحض ؛ لأنـنا نقـول: أثلاثاً ، وأنتم تقولون: أرباعاً .

م: **(ولهما)** ش: أي لأبي حنيـفة وأبي يوسـف: م: **(قوله عليـه الصلاة والسلام)** ش: أي قول النبي ﷺ م: **(في نفس المؤمن مـائة من الإبل)** ش: تقدم في الزكـاة في كتاب عـمرو بن حزم قال : **«وإن في نفس المؤمن مائة من الإبل في الزكاة»** ، ورواه ابن حبان في **«صحيحه»** . ووجه الاستدلال به : أن الثابت عنه ﷺ هذا وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ م: **(وما روياه)** ش: أي محمد والشافعي م: **(غير ثابت)** ش: احتج المصنف على عدم ثبوت هذا الحديث بقوله : م: **(لاختلاف الصحـابة -رضي الله عنهم - في صفـة التغليظ)** ش: فإن عمر وزيداً والمغيرة بن شعبة وأبا موسى الأشعري قالوا مثل ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف م: **(وابن مسعود-رضي الله عنه-)** ش: أي وعبد الله بن مسعود م: **(قال بالتغليظ أرباعـاً كما ذكرنا)** ش: يعني أرباعاً . وأخرج حديثه أبو داود عن علقمة والأسود قال : قال عبد الله : في شبه العمد خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنات لبون وخمس وعشرون بنات مخاض . وسكت عنه أبو داود ثم المنذري بعده .

وروي مرفوعاً أخرجه الأربعة عن حجاج بن أرطاة عن زيد بن جبير عن خشف بن مالك الضبابي عن عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ : **« في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنو مخاض ذكر»**[2] .

قال الترمذي : لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه . وقد روي عن عبد الله موقوفاً .

---

(١) صحيح : رواه أبو داود [٤٥٤٧] ، والنسائي [٤٤٦٠] ، و ابن ماجه [٢٦٢٧] عن خالد الحذاء عن القاسم ابن ربيعة عن عقبة بن أوس عن عبد الله بن عمرو . . . مرفوعاً .

(٢) ضعيف : ضـعفـه الألبـاني - حفظه الله - ، أبو داود [٤٥٤٥/ ١٩٨٤] ، التـرمـذي [١٤١٧/ ٢٣٠ رقم الضعيف] ، النسائي [٤٨٠٢ / ٣٣٢] ابن ماجة [٢٦٣١ / ٥٧٦] .

وهو كالمرفوع فيعارض به . قال : ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة لأن التوقيف فيه ،

وقال الدارقطني : هذا حديث ضعيف غير ثابت عند أهل المعرفة بالحديث من وجوه :

الأول : أنه مخالف لما رواه أبو عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه بالسند الصحيح أنه قال : دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنات لبون وعشرون بنو لبون . ولم يذكر فيه : بني مخاض .

الثاني : أن خشف بن مالك مجهول ، لم يروه عنه إلا زيد بن جبير بن جريد الحسبي .

وأهل العلم بالحديث لا يحتجون بما ينفرد بروايته رجل غير معروف .

والثالث : أنه روي عن أحمد أن خبر خشف بن مالك لا يعلم أحد رواه زيد بن جبير إلا الحجاج بن أرطاة ، وهو رجل مشهور بالتدليس . وقال ابن الجوزي في «التحقيق» : أبو عبيدة لم يسمع من أبيه ، فكيف جاز للدارقطني أن يسقط ذكر هذا . وخشف وثقه النسائي وابن حبان وزيد بن جبير وثقه ابن معين وغيره ، وأخرجا له في «الصحيحين» .

م: **(وهو)** ش: أي الذي قال ابن مسعود م: **(كالمرفوع)** ش: لأن الرأي لا مدخل له في المقادير م: **(فيعارض)** ش: ما روياه م: **(به)** ش: أي بقول ابن مسعود ، فإذا تعارضا كان الأخذ بالمتيقن أولى .

ثم على قول محمد والشافعي : لو اختلف في حملها يرجع إلى أهل الخبرة كما يرجع في حمل المرأة إلى قول القوابل . ولو اختلف الولي والجاني بعد أخذ قول أهل الخبرة فقال الولي : لم يكن حوامل ، وقال الجاني : ولدت عندك ، فالقول للجاني ، وإن أخذنا بغير قولهم فالقول للولي .

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة)** ش: يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم وألف دينار .

وقال الثوري والحسن بن صالح : فيغلظ في النوعين الآخرين أي الدراهم والدنانير ؛ بأن ينظر إلى قيمة أسنان الإبل في دية الخطأ فما زاد على أسنان دية الخطأ زاد على عشرة آلاف درهم إن كان الرجل من أهل الورق ، وإن كان من أهل الذهب .

ونحن قلنا بما ذكر في الكتاب وهو : أن التغليظ في الإبل ثبت توقيفاً ولا يثبت في غيره قياساً م: **(لأن التوقيف فيه)** ش: أي لأن الشرع ورد فيه ، وعليه الإجماع والمقدرات لا تعرف إلا سماعاً ، فلم تتغلظ بغيره حتى لو قضى القاضي به لا ينفذ قضاؤه .

فإن قضى بالدية في غير الإبل لم تتغلظ لما قلنا .قال : وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة ، والكفارة على القاتل لما بينا من قبل . قال : والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماساً عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض ، وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود -رضي الله عنه -وإنما أخذنا نحن والشافعي به لروايته : «أن النبي ﷺ قضى في قتيل قتل خطأ أخماساً » على نحو ما قال ،

م: **(فإن قضى بالدية في غير الإبل لم تتغلظ لما قلنا)** ش: إشارة إلى قوله : «لأن التوقيف منه» .

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل)** ش: وبه قال الشافعي وأحمد في الظاهر ، وهو قول الثوري وإسحاق والنخعي والحكم وحماد والشعبي . وقال ابن سيرين وابن شبرمة وأبو ثور وقتادة والزهري والحارث[. . .] وأحمد في رواية : على القاتل .

وهكذا يجب أن يكون قول مالك ، لأن شبه العمد عنده من باب العمد م: **(لما بينا من قبل)** ش: يعني في أول كتاب الجنايات .

م: **(قال)** ش: أي قال القدوري م: **(والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماساً)** ش: قيل : هو منصوب بإضمار « كان» ، وقال الأكمل : يجوز أن يكون حالاً من الضمير الذي في قوله : «في الخطأ » . قلت : يحمل أن يكون تمييزاً على ما لا يخفى .

م: **(عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة . وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه)** .

ش: أجمعت الصحابة على المائة ولكنهم اختلفوا في سنها : خمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون ابن لبون وخمس وعشرون ابنة مخاض .

وقال عثمان وزيد بن ثابت -رضي الله عنهما- : في دية الخطأ ثلاثون جذعة وثلاثون بنات لبون وعشرون بنو لبون وعشرون بنات مخاض ذكر . ذكر ذلك كله أبو يوسف في كتاب «الخراج » .

م: **(وإنما أخذنا نحن والشافعي به)** ش: أي بقول ابن مسعود م: **(لروايته)** ش: أي لرواية ابن مسعود م: **(«أن النبي ﷺ قضى في قتيل قتل خطأ أخماساً» على نحو ما قال)** ش: قد ذكرنا هذا عن الأربعة أصحاب «السنن» عن قريب . ولفظ النسائي وابن ماجه بلفظ المصنف على نحو ما قال ابن مسعود .

ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ ؛لأن الخاطئ معذور . غير أن عند الشافعي-رحمه الله- يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ، والحجة عليه ما رويناه . قال : ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم . وقال الشافعي -رحمه الله-: من الورق اثنا عشر ألفاً لما روى ابن عباس -رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قضى بذلك .

م: (**ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ ؛ لأن الخاطئ معذور**) ش: فيعذر في فعله . ولهذا لا تجب الدية الخطأ إلا على العاقلة .

م: (**غير أن عند الشافعي-رحمه الله-**) ش: استثناء من قوله أخذنا نحن والشافعي به . م: (**يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ، والحجة عليه**) ش: أي على الشافعي . م: (**ما رويناه**) ش: من قول ابن مسعود -رضي الله عنه - وقضاه رسول الله ﷺ .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ومن العين**) ش: أي دية الخطأ من الذهب م: (**ألف دينار ومن الورق**) ش: أي الفضة م: (**عشرة آلاف درهم ، وقال الشافعي -رحمه الله-: من الورق اثنا عشر ألفاً**) ش: وبه قال مالك وأحمد وإسحاق م: (**لما روى ابن عباس -رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ قضى بذلك**) ش: أي باثني عشر ألفاً . خرج هذا أصحاب «السنن» الأربعة عن محمد بن مسلم عن عروة بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس -رضي الله عنهما- : أن رجلاً من بني عدي قتل فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفاً[1] .

وقال أبو داود : رواه ابن عيينة عن عكرمة ، ولم يذكر ابن عباس .

وقال الترمذي : لا نعلم أحداً يذكر في هذا الإسناد ابن عباس -رضي الله عنهما - غير محمد بن مسلم ، أخبرنا سعيد بن عبد الرحمن عن سفيان عن عمر عن عكرمة عن النبي ﷺ نحوه .

ورواه النسائي أخبرنا محمد بن ميمون المكي عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عكرمة سمعناه مرة يقول عن ابن عباس : « أن النبي ﷺ قضى باثني عشر ألفاً في الدية» . قال : محمد ابن ميمون ليس بقوي ، وكذا رواه الدارقطني في «سننه» قال أبو حاتم : كان محمد بن ميمون أبو عبد المكي الخياط أميناً نبيلاً . وذكره ابن حبان في «الثقات» ، قال : وربما وهم . وقال النسائي : صالح . ومحمد بن مسلم هذا الطائفي أخرج له البخاري في المتابعة ومسلم في الاستشهاد ، وضعفه أحمد . وقال النسائي : الصواب أنه مرسل ، وقال ابن حبان : المرسل

---

(١) ضعيف : ضعفه الألباني - حفظه الله -، أبو داود [٤٥٤٥ / ٩٨٤] النسائي [٤٨٠٣ / ٣٣٣]، الترمذي [١٤٢٠/ ٢٣١] ، ابن ماجه [٢٦٢٩/ ٥٧٥] .

ولنا ما روى عن عمر -رضي الله عنه- : «أن النبي ﷺ قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم»، وتأويل ما روى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة ، وقد كانت كذلك .

أصح .

م: **(ولنا ما روى عن عمر -رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم)** ش: هذا الحديث غريب . وروى محمد بن الحسن في كتاب «الآثار» وقال : أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم عن عامر الشعبي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- قال : على أهل الورق من الدية عشرة آلاف درهم ، وعلى أهل الذهب ألف دينار . وجه الاستدلال به : أن عمر -رضي الله عنه- قضى بذلك بمحضر من الصحابة -رضي الله عنه- من غير نكير ، فحل بمحل الإجماع .

م: **(وتأويل ما روى)** ش: أي الشافعي م: **(أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة)** ش: أي وزن ستة مثاقيل . فإن في ابتداء عهد رسول الله ﷺ كان وزن الدراهم وزن ستة ، ثم صار وزن سبعة . م: **(وقد كانت)** ش: أي الدراهم . م: **(كذلك)** ش: أي وزن ستة إلى عهد عمر-رضي الله عنه ، ثم صار وزن سبعة كما ذكرنا . وقال تاج الشريعة : وتأويل ما روى: أنه أوجب اثني عشر محمول على أنه أوجب من دراهم كانت توزن ستة واثني عشر بوزن ستة تبلغ عشرة آلاف بوزن سبعة . والدليل على صحة ما ذكرنا من التأويل : ما روي عن عثمان-رضي الله عنه- : «أنه أوجب في دية القتيل اثني عشر ألفاً». وكانت الدراهم يومئذ وزن خمسة أو ستة .

فإن قيل : اثنا عشر بوزن الستة يكون أكثر من عشرة آلاف فكيف يفيد هذا التأويل الجواب: أن شيخ الإسلام قال في «مبسوطه» : يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة إلا شيئًا إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريباً .

فإن قيل : احتج الشافعي ومن معه بما روى يزيد الرقاشي أنه ﷺ قال : **«لئن أحبس مع قوم يذكرون الله بعد صلاة العصر إلى أن تغيب الشمس أحب إلي من أن أعتق ثمانية من ولد إسماعيل عليه السلام دية كل واحد منهم اثنا عشر ألفاً»**[1] .

---

(١) أورده الهيثمي في« المجمع »(٥/ ١٠٥) ، عن أنس وفيه « لأن أقعد مع قوم يذكرون الله من بعد صلاة الفجر إلى أن تطلع الشمس أحب إلي من أعتق أربعة من ولد إسماعيل دية كل رجل منهم اثنا عشر ألفاً » وذكر نفس الفضل بعد صلاة العصر في نفس الحديث ، ثم قال : رواه أبو داود باختصار . رواه أبو يعلى وفيه محتسب أبو عائذ وثقه ابن حبان وضعفه غيره ، قال ابن عدي : يروى عن ثابت أحاديث ليست محفوظة . ولينه الحافظ في «اللسان »(٥/ ٢٤) .

قال : ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة -رحمه الله-، وقالا : منها ومن البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألف شاة ، ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لأن عمر -رضي الله عنه - هكذا جعل على أهل كل مال منها ، وله : أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية ، وهذه الأشياء مجهولة المالية ، ولهذا لا يقدر بها ضمان ،

وعن الحسن -رضي الله عنه- قال : قال رسول الله ﷺ : **«من قرأ بخمسمائة إلى الغاية أصبح وله قنطار في الآخرة ، والقنطار دية أحدكم اثنا عشر ألف درهم»** .

وأجيب بأن حديث الرقاشي ضعيف عند الثقات ، وحديث الحسن مرسل ، والعجب من الشافعي أنه لا يعمل بالمرسل ثم يحتج به .

م: (قال) ش: أي القدوري م: **(ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة)** ش: وهي الإبل ، والذهب والفضة م: **(عند أبي حنيفة-رحمه الله-)** ش: وبه قال أحمد والشافعي في القديم، وقال الكاكي : اختلف العلماء في الأصل في الدية ، فقال الشافعي ، وأحمد في رواية محمد بن المنذر : الإبل فقط فتجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت .

م: **(وقالا)** ش: أي أبو يوسف ومحمد م: **(منها)** ش: أي من هذه الثلاثة . م: **(ومن البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألف شاة ، ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان)** ش: وبه قال أحمد في رواية وقال الكرخي في «مختصره» : والحلة ثوبان إزار ورداء والإزار المئزر ، وقيل في زماننا قميص وسراويل .

وقال الإمام الأسبيجابي قيمة كل حلة خمسون درهماً وقيمة كل بقرة خمسون درهماً وقيمة كل شاة خمسة دراهم م: **(لأن عمر -رضي الله عنه- هكذا جعل على أهل كل مال منها)** ش: أي من المذكورة .

وروى أبو يوسف في كتاب «الخراج» وقال : حدثنا ابن أبي ليلى عن الشعبي -رضي الله عنه- عن عبيدة السلماني قال : وضع عمر بن الخطاب - رضي الله عنه- : على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق عشرة آلاف وعلى أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائة بقرة وعلى أهل الشاة ألف شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة .

م: **(وله)** ش: أي ولأبي حنيفة م: **(أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية ، وهذه الأشياء مجهولة المالية)** ش: وأوضح ذلك بقوله : م: **(ولهذا لا يقدر بها ضمان)** ش: أي ضمان العدوان . وفائدة هذا الخلاف في اختيار القاتل ، فعند أبي حنيفة فله الخيار من أنواع الثلاثة ،

وفي الصلح فإن عنده يجوز الصلح على أكثر من مائتي بقرة في رواية ، وفي رواية لا يجوز

والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة وعدمناها في غيرها ، وذكر في المعاقل : أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز ، وهذا آية التقدير بذلك ، ثم قيل : هو قول الكل فيرتفع الخلاف ، وقيل : هو قولهما خاصة قال : «ودية المرأة على النصف من دية الرجل »، وقد ورد هذا اللفظ

، كقولهما : كما لو صالح على أكثر من مائة من الإبل وألف دينار .

م: (**والتقدير بالإبل**) ش: جواب عما يقال : فالإبل كذلك . وتقدير الجواب أن التقدير بالإبل ليس كذلك لأنه م: (**عرف بالآثار المشهورة**) ش: كما ذكرت فيما مضى . م: (**وعدمناها في غيرها**) ش: أي عدمها بالآثار المشهورة في غير الإبل .

م: (**وذكر في المعاقل**) ش: أي ذكر محمد في كتاب «معاقل المبسوط» ، ورد هذا شبهة على ما روى عن أبي حنيفة -رحمه الله- من قوله : ولا تثبت الدية إلا من هذه الأمور الثلاثة ، ووجه وروده أن محمداً ذكر في المعاقل م: (**أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز ، وهذا آية التقدير بذلك**) ش: أي وهذا الصلح علامة التقدير بذلك . وأجاب بوجهين أحدهما هو قوله م: (**ثم قيل : هو قول الكل فيرتفع الخلاف**) ش: أي قوله لا يجوز الصلح على الزيادة قول الكل لأنه ذكر في« المعاقل » أن الولي لو صالح على أكثر من مائة فالفضل باطل بالإجماع .

وقال الأكمل : وذكر الجواب على وجهين :

أحدهما تقدير الشبهة ورفع الخلاف . ولا أرى صحته لأنه يناقض رواية كتاب الديات .

الوجه الثاني : هو قوله م: (**وقيل: هو قولهما خاصة**) ش: أي ما ذكر في كتاب «المعاقل» قولهما .

أما عند أبي حنيفة فينبغي أن يجوز الصلح على أكثر من ذلك وإليه ذهب شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجابي في « شرح الكافي » .

وقال تاج الشريعة : فكان الخلاف ثابتاً . وقال الأكمل : والوجه الثاني برفع الشبهة يحمله رواية «المعاقل» على أنه قولهما ، وحمل بعض مشايخنا على أن المسألة عنده روايتان .

م: (**قال**) ش: أي محمد في الأصل ، ولم يذكره في « الجامع » ولا ذكره القدوري -رحمه الله- . م: (**ودية المرأة على النصف من دية الرجل**) ش: وقال ابن عبد البر وابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن ديتها نصف دية الرجل .

وحكى غيرهما عن ابن علية والأصم أنهما قالا : هما سواء م: (**وقد ورد هذا اللفظ**) ش: أي

موقوفاً على علي -رضي الله عنه- ، ومرفوعاً إلى النبي ﷺ ، وقال الشافعي -رحمه الله-: ما دون الثلث لا يتنصف وإمامه فيه زيد بن ثابت -رضي الله عنه- ،

قوله دية المرأة على النصف من دية الرجل م: (**موقوفاً على علي -رضي الله عنه- ، ومرفوعاً إلى النبي ﷺ**) ش: أما الموقوف فأخرجه البيهقي عن إبراهيم النخعي عن علي بن أبي طالب -رضي الله تعالى عنه -قال : عقل المرأة على النصف من عقل الرجل في النفس وفيما دونها .

قلت : هذا منقطع لأن إبراهيم لم يحدث عن أحد من الصحابة مع أنه أدرك جماعة منهم[(١)] .

وأما المرفوع فأخرجه البيهقي أيضاً عن معاذ بن جبل -رضي الله تعالى عنه- قال : قال رسول الله ﷺ : « **دية المرأة على النصف من دية الرجل** »[(٢)] .

م: (**وقال الشافعي -رحمه الله-ما دون الثلث لا يتنصف**) ش: يعني إذا كان جناية أرشها ما دون الثلث لا تنصف وفي غيره تنصف . وقال الكاكي -رحمه الله- : وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف وكذلك الثلث قاله في القديم وبه قال مالك وأحمد وهو قول الفقهاء السبعة وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير والزهري وقتادة والأعرج وربيعة ، وهكذا روي عن عمر وابنه وزيد بن ثابت .

وعندنا والشافعي -رحمه الله- في ظاهر مذهبه واختاره ابن المنذر وأبو ثور : على التنصيف فيما قل وكثر ، وبه قال الثوري والليث وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن سيرين . وفي« النهاية » : والصواب أن يقال : الثلث وما دونه لا يتنصف عند الشافعي -رحمه الله- في القديم كما ذكرنا .

م: (**وإمامه فيه**) ش: أي إمام الشافعي في هذا م: (**زيد بن ثابت -رضي الله عنه**).

ش: أخرجه البيهقي عن الشعبي عن زيد بن ثابت قال : جراحات الرجال والنساء سواء إلى الثلث ، فما زاد فعلى النصف . وهو منقطع .

وذكر الكاكي في «حجة الشافعي » ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ « **عقل المرأة عقل الرجل حتى تبلغ الثلث من ديتها** » أخرجه النسائي .

---

(١) رواه البيهقي (٨/ ٩٥) .

(٢) رواه البيهقي (٨/ ٩٥) عن إبراهيم بن طهمان عن بكر بن خنيس عن عبادة بن نسي عن ابن غنم عن معاذ ، مرفوعاً . وفيه بكر بن خنيس وهو متهم في الحديث . وإبراهيم وإن كان ثقة فإنه يغرب أحياناً .

والحجة عليه ما رويناه لعمومه ، ولأن حالهـا أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل ، وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس ، فكذا في أطرافها وأجزائهـا اعتباراً بها وبالثلث وما فوقه . قال : ودية المسلم والذمي سـواء وقال الشافـعي -رحمه الله-: ودية اليـهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ، ودية المجوسي ثمـانمائة درهم . وقال مالك-رحمـه الله- : دية اليهودي والنصرانـي ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلاة والسلام : «عقل الكافر نصف عقل المسلم »،

قلت : هذا رواه النسائي وفي إسناده إسماعيل بن عياش عن ابن جريج [1] .

قال صاحب «التنقيح» : ابن جريج حجازي وإسماعيل بن عياش ضعيف في رواية الحجازيين .

م: (**والحجة عليه**) ش: أي على الشافعي م: (**ما رويناه لعمومه**) ش: أشار به إلى قوله : وقد روي بهذا اللفظ موقوفاً على علي -رضي الله تعالى عنه- ومرفوعاً م: (**ولأن حالها أنقص من حال الرجل**) ش: قال الله تعالى ﴿ **وللرجال عليهن درجة** ﴾ م: (**ومنفعتها أقل**) ش: لأنها لا تتمكن من التزوج ما دامت زوجت لرجل .

م: (**وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس ، فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها**) ش: أي بالنفس م: (**وبالثلث وما فوقه**) ش: أي اعتباراً بتنصيف الثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة الفرع للأصل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ودية المسلم والذمي سواء**) ش: وقال الكرخي في« مختصره» : والمسلم والذمي الكتابي وغير الكتابي والحربي المستأمن وكل من كانت نفسه محظورة فإن قدر دياتهم سواء . وفي الإناث في جميعهن على النصف مما يجب في المذكور .

م: (**وقال الشافعي-رحمه الله- : ودية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ، ودية المجوسي ثمانمائة درهم**) ش: وبه قال أحمد ، وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وعكرمة وعمرو ابن دينار وإسحاق وأبي ثور ، وروي عن عمر وعثمان أيضاً .

م: (**وقال مالك -رحمه الله-: دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم**) ش: وبه قال عمر بن عبد العزيز وعروة وعمرو بن شعيب م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**«عقل الكافر نصف عقل المسلم»**) ش: هذا الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة من حديث عمرو

---

(١) رواه النسائي (٤٨٠٥) ، الدارقطني (٣/ ٣٢٧) ، وفيه إسماعيل بن عياش وهو ضعيف في الحجازيين وهو قد روى عن ابن جريج وهو مكي .

والكل عنده اثنا عشر ألفاً . وللشافعي -رحمه الله- ما روي أن النبي ﷺ جعل دية النصراني واليهودي أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : «دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار » وكذلك قضى أبو بكر وعمر -رضي الله عنهما- ، وما رواه الشافعي -رحمه الله-لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث ،

ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : «دية المعاهد نصف دية المسلم » ، هذا لفظ أبي داود ، ولفظ الترمذي : «دية عقل الكافر نصف عقل المسلم» ، وقال حديث حسن . ولفظ النسائي : «عقل أهل الذمة نصف عقل المسلمين » ، وهم اليهود والنصارى [1] .

م: (والكل عنده اثنا عشر ألفاً) ش: أي كل الدية عند مالك اثنا عشر ألف درهم . فلذلك قال : دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم .

م: (وللشافعي -رحمه الله-ما روى أن النبي ﷺ جعل دية النصراني واليهودي أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم) ش: هذا ذكره عبد الرزاق في «مصنفه » . أخبرنا ابن جريج أخبرني عمرو بن شعيب : أن رسول الله ﷺ فرض على كل مسلم قتل رجلاً من أهل الكتاب أربعة آلاف . لفظ [. . .] من أهل التخريج وقع هذا مفصلاً .

م: (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام) ش: أي قول النبي ﷺ م: («دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار») ش:

هذا أخرجه أبو داود في «المراسيل » عن سعيد بن المسيب قال : قال رسول الله ﷺ « دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار» ووقّفه الشافعي في «مسنده » على سعيد قال : : أخبرنا محمد بن الحسن الشيباني ، أخبرنا محمد بن زيد ، أخبرنا سفيان بن حسين عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال : دية كل معاهد في عهده ألف دينار .

م: (وكذلك قضى أبو بكر وعمر -رضي الله عنهما-) ش: روى محمد بن الحسن في كتاب «الآثار» قال أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم بن أبي الهيثم أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان-رضي الله عنهم- قالوا : دية المعاهد دية الحر المسلم . قال محمد : وبهذا قالوا .

م: (وما رواه الشافعي-رحمه الله- لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث) ش: وفيه نظر لأنا ذكرنا عن عبد الرزاق أخرجه ورواه الدارقطني في «سننه» وأراد : «أن رسول الله ﷺ جعل

---

(١) رواه أبو داود (٤٥٨٣) ، الترمذي (١٤٤٦) ، ابن ماجه (٢٦٤٤) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، مرفوعاً .

وما رويناه أشهر مما رواه مالك -رحمه الله- ، فإنه ظهر به عمل الصحابة -رضي الله عنهم- والله أعلم .

عقل أهل الكتاب من اليهود والنصارى على النصف من عقل المسلمين »[1] . م: **(وما رويناه)** ش: وهو قوله : ﷺ « **وكل ذي عهد في عهده ألف دينار** » م: **(أشهر مما رواه مالك)** ش: وهو قوله : عقل الكافر نصف عقل المسلم م: **(فإنه)** ش: أي فإن الذي رويناه م: **(ظهر به عمل الصحابة - رضي الله عنهم-والله أعلم)** ش: وقد ذكرنا عن محمد عن أبي حنيفة عن الهيثم عن أبي الهيثم : أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان قالوا : دية المعاهد دية الحر المسلم .

وروى عبد الرزاق في «مصنفه» عن مجاهد عن ابن مسعود قال : دية المعاهد مثل دية المسلم. وقال ذلك علي -رضي الله عنه- أيضاً .

وروى عبد الرزاق أخبرنا أبوحنيفة عن الحكم بن عتبة عن علي -رضي الله عنه-قال : دية كل ذمي مثل دية المسلم . قال أبو حنيفة هو قولي .

وروى عبد الرزاق أيضاً عن ابن جريج عن يعقوب بن عتبة وإسماعيل بن محمد وصالح قالوا : عقل كل معاهد من أهل الكفر كعقل المسلمين ، جرت بذلك السنة في أهل رسول الله ﷺ .

* * *

---

(١) رواه الدارقطني في « الحدود والديات » (صـ٣٤٩) ، من طريق ابن جريج أخبرني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ .

فصل فيما دون النفس

قال : وفي النفس الدية وقد ذكرناه .قال : وفي المارن الدية ، وفي اللسان الدية ، وفي الذكر الدية . والأصل فيه ما روى سعيد ابن المسيب -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قال : «في النفس الدية ، وفي اللسان الدية وفي المارن الدية » . وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم -رضي الله عنه-.

م: (**فصل**)

ش: أي هذا فصل في بيان الأحكام م: (**وفيما دون النفس**) ش: وأعقب ذكر النفس بذكر ما هو تبع لها وهو ما دون النفس .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وفي النفس الدية**) ش: أي تجب الدية في النفس بسبب إتلافها كما يقال في النكاح حل وكلمة في يجيء النظر فيه فيما كان معناه الاحتواء ومعنى على في ما كان معناه الاستعلاء لقوله : في جذوع النخل . ومعنى السببية كقوله ﷺ في أربعين شاة ، وهو قليل نادر م: (**وقد ذكرناه**) ش: أي في أول الجنايات بقوله : والدية متغلظة على القاتل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وفي المارن الدية**) ش: وهو قصبة الأنف م: (**وفي اللسان الدية ، وفي الذكر الدية**) ش: أي وتجب كما ذكرنا .

والأصل أن ما في الإنسان من الأعضاء إن كان واحداً ففيه الدية كاملة ، وإن كان اثنين ففيهما الدية وفي إحداهما نصف الدية ، وإن كان أربعة ففيها الدية وفي أحدها ربع الدية ، وإن كان عشرة ففيها الدية وفي أحد الدية ، وما فوت جنس المنفعة ففيه الدية لأن بفواته يفوت الآدمي من وجه ذكره في«المبسوط» ، ولا نعلم فيه خلافًا.

وذكر الكرخي في «مختصره» الأعضاء التي يجب بكل عضو فيها دية هي ثلاثة أعضاء : اللسان والأنف والذكر . فإذا استوعب الأنف جذعاً أو قطع منه المارن وحده وهو ما لان من الأنف عن العظم ففيه الدية كاملة . وكذلك إذا استوعب اللسان أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله . وكذلك الذكر إذا استوعب أو لم يستوعب بالكلام أي أو قطع الحشفة وحدها ففيه الدية م: (**والأصل فيه**) ش: أي في هذا الباب م: (**ما روى سعيد بن المسيب -رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال : « في النفس الدية ، وفي اللسان الدية، وفي المارن الدية»**) ش: هذا غريب .

م: (**وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم- رضي الله عنه –**) ش: . هذا أخرجه النسائي في «سننه » وأبو داود في «مراسيله» عن سليمان بن أرقم عن الزهري عن أبي بكر ابن محمد بن حزم عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ كتب كتاباً إلى أهل اليمن فيه

والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس المنفعة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه ، وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي ، وأصله قضاء رسول الله ﷺ بالدية كلها في اللسان والأنف ،

الفرائض والسنن والديات وبعث به مع عمرو بن حزم المكنى أبا الضحاك استعمله رسول الله ﷺ على نجران اليمن وهو يومئذ ابن سبع عشرة سنة وتوفي رسول الله ﷺ وهو على نجران ، وبقي إلى أن أدرك بيعة معاوية بن أبي سفيان لابنه يزيد . ومات بعد ذلك بالمدينة[1] .

م: (**والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس المنفعة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً في الآدمي على الكمال**) ش: قيد بالكمال فيهما احترازاً مما ليس بكامل منهما حيث لا يجب كل الدية . فإن كان بفوت عضواً مقصود كقطع لسان أخرس فإنه لا تجب فيه الدية لأنه لم يفت جنس منفعته ولا فوت جمالاً على الكمال . ذكره في «الذخيرة» .

وكذلك في آلة الخصي والعنين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العبد ولا في الدية في الخطأ وإنما فيه حكومة عدل .

فإن قيل : يشكل على قوله فوت جمالاً على الكمال كما لو سلخ جلد الوجه فإنه لا يجب كمال الدية وقد فوت جمالاً على الكمال ؟ .

قلنا : ذكر شيخ الإسلام في «شرحه» : لا رواية في هذا ولكن مذهبنا وجوب الدية

فإن قيل : يشكل بما لو قطع الأظفار حيث لا تجب الدية وقد فوت الجمال على الكمال .

قلت : لا رواية في هذا ، فقد اختلف المشايخ فيه .

م: (**يجب كل الدية لإتلاف النفس من وجه ، وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي**) ش: والشرع ألحق الإتلاف من وجه بالإتلاف من كل وجه م: (**وأصله قضاء رسول الله ﷺ**) ش: أي حكمه عرفنا هذا لقضاء رسول الله ﷺ م: (**بالدية كلها في اللسان والأنف**) ش: فقسنا غيره عليه .

---

(١) رواه النسائي (٤٥١٣) عن سليمان بن أرقم عن الزهري عن أبي بكر بن محمد بن حزم عن أبيه عن جده مرفوعاً : وسليمان بن أرقم ضعيف . وأخرجه النسائي عن ابن وهب عن يونس عن معمر عن الزهري مرسلاً ، وهو الأصح ، وأخرجه الحاكم (١/ ٣٩٧) عن سليمان بن داود الخولاني عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده ، فذكره . وقال : إسناده صحيح .

قلت : بل هو حسن ؛ فسليمان بن داود فيه كلام لا ينزل بحديثه عن رتبة الحسن . والحديث لا يصح موصولاً عن الزهري ، والله أعلم .

وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة . فنقول : في الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود ، وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة لما ذكرنا ، ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لأنه عضو واحد ، وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق ، وكذا في قطع بعضه إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وإن كانت الآلة قائمة ، ولو قدر على التكلم ببعض الحروف ، قيل: يقسم على عدد الحروف، وقيل: على عدد حروف تتعلق باللسان ، فبقدر مالا يقدر يجب ،

م: (وعلى هذا) ش: أي على هذا الأصل م: (تنسحب فروع كثيرة) ش: بين منها بقوله م: (فنقول: في الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود) ش: لأنه يعني مطلوب في الآدمي سواء قطع المارن دون القصبة أو قطع الأرنبة ، ولو قطعهما لا يزاد على دية واحدة لأنهما عضو واحد م: (وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة) ش: أي أو قطع الأرنبة م: (لما ذكرنا) ش: وهو قوله : وقد فوت الجمال على الكمال .

وقال الشافعي : في المارن الدية وفي القصبة حكومة عدل .

م: (ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لأنه عضو واحد) ش: وقد ذكرناه ، لو قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان لأن الشم في غير الأنف ، فلا يدخل أحدهما في الآخر ، كالسمع مع الأذن م: (وكذا اللسان) ش: يعني فيه الدية بلا خلاف لأحد م: (لفوات منفعة مقصودة وهو النطق) ش: والتكلم ، والآدمي لا يفارق بهيميته إلا بالنطق . م: (وكذا في قطع بعضه) ش: يعني قيمة الدية . م: (إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة ، وإن كانت الآلة قائمة) ش: ، لأن الدية تجب بتفويت البعض فتجب الدية كاملة .

م: (ولو قدر على التكلم ببعض الحروف) ش: اختلف المشايخ فيه . م: (قيل : يقسم) ش: الدية م: (على عدد الحروف) ش: أي الحروف الثمانية والعشرين من حروف المعجم ، وهو قول الأئمة الثلاثة . م: (وقيل : على عدد حروف تتعلق باللسان) ش: وهي الألف والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون .

قيل كون الألف من ذلك فيه نظر لأنه من أقصى الحلق على ما عرف .

م: (فبقدر ما لا يقدر يجب) ش: أي فيقدر ما لا يمكنه إتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية . روي : أن رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمن علي -رضي الله عنه- فأمره أن يقرأ ألف ب ، ت ، ث ، فكلما قرأ حرفاً أسقط من الدية بقدر ذلك ، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه .

وقيل: إن قدر على أداء أكثرها يجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الاختلاف ، وإن عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لأن الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام ، وكذا الذكر لأنه يفوت به منفعة الوطء والإيلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والإيلاج الذي هو طريق الإعلاق عادة ، وكذا في الحشفة الدية كاملة ؛ لأن الحشفة أصل في منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له . قال : وفي العقل إذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الإدراك إذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده . قال : وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه لأن كل واحد منها منفعة مقصودة، وقد روي: أن عمر -رضي الله عنه- قضى بأربع ديات في ضربة واحدة .ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر .

م: (**وقيل : إن قدر على أداء أكثرها يجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الاختلاف ، وإن عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لأن الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام ، وكذا الذكر**) ش: أي تجب فيه الدية بلا خلاف . م: (**لأنه يفوت به منفعة الوطء والإيلاد واستمساك البول والرمي به**) ش: أي رمي البول بالذكر م: (**ودفق الماء والإيلاج الذي هو طريق الإعلاق عادة**) ش: قيد بالعادة أو قد يحصل الإعلاق بالسحق أيضاً ، إلا أنه خلاف العادة ، فإن البكر لو حملت بالسحق تعسر عليها الولادة فعلم أن بقطعه يفوت الإيلاد م: (**وكذا في الحشفة**) ش: أي وفي قطع الحشفة تجب م: (**الدية كاملة لأن الحشفة أصل في منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له**) ش: أي للحشفة والتذكير باعتبار المذكور . وفي «شرح الكافي» : وفي الأنثيين مع الذكر قالوا إذا قطع الكل بدفعة يجب ديتان ، ولو قطعهما بدفعتين ، أي قطع الذكر أولاً ثم الأنثيين تجب ديتان أيضاً ، ولو قطع الأنثيين أولاً ثم الذكر تجب في الأنثيين الدية وفي الذكر حكومة عدل فصار كذكر الخصي والضعيف .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وفي العقل إذا ذهب بالضرب الدية**) ش: يعني إذا ضرب رأسه فذهب عقله يجب فيه الدية م: (**لفوات منفعة الإدراك إذ به**) ش: أي بالعقل م: (**ينتفع بنفسه في معاشه**) ش: أي في دنياه ، م: (**ومعاده**) ش: أي وفي آخرته إذ العقل من أعظم ما يختص به الآدمي ، يدرك الأشياء وبه يمتاز عن البهائم ، فكان فيه منفعة مقصودة .

م: (**قال: وكذا**) ش: أي وكذا تجب الدية م: (**إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه لأن كل واحد منهما منفعة مقصودة ، وقد روي : أن عمر -رضي الله عنه- قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر**) ش: روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو خالد عن عوف الأعرابي -رضي الله عنه- قال : سمعت شيخاً في زمن الجماجم فعنت فعنة فقيل ذاك أبو مهلب عم أبي قلابة قال رمى رجل رجلاً بحجر في رأسه في زمن عمر بن الخطاب -رضي الله

قال : وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية لأنه يفوت به منفعة الجمال . قال : وفي شعر الرأس الدية لما قلنا ، وقال مالك ، وهو قول الشافعي -رحمه الله- تجب فيهما حكومة عدل ؛ لأن ذلك زيادة في الآدمي ، ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد ،

عنه- فذهب سمعه وعقله ولسانه وذكره فلم يضرب النساء ، فقضى بها عمر -رضي الله تعالى عنه- بأربع ديات ، وهو حر ، انتهى .

واختلف في طريق التفسير في معرفة ذهاب هذه الحواس فقيل : إذا صدقه الجاني . أو استحلف على الثبات ونكل ثبت فواتها وقيل : يعتبر فيه الدلائل الموصلة إلى ذلك ، فإن لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والإنكار وطريق معرفة السمع أن يتغافل وينادى فإن أجاب علم أنه يسمع .

وحكى الناطفي عن أبي حازم القاضي والقدوري عن إسماعيل بن حماد أن رجلاً ضرب على رأس امرأته ، فزعمت أن سمعها ذهب ، فاشتغل إسماعيل بالقضاء ثم التفت إليها وهي غافلة فقال : استري عورتك ، فجعلت تلم ثيابها فعلم أنها سامعة .

وقال أبو يوسف في« المنتقى»: لا نعرف ذهاب السمع والقول فيه للجاني ، وأما طريق معرفة ذهاب البصر قال محمد بن مقاتل الرازي يستقبل الشمس مفتوح العين فإن دمعت عينه علم أن البصر باق فإن لم تدمع علم أن البصر ذاهب ، وذكر الطحاوي -رحمه الله- أنه يلقى بين يديه حية ، فإن هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره ، وقال محمد في الأصل : إن لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والقول للجاني مع يمينه على الثبات .

وفي «شرح الكافي»: يدخل أرش الأمة في الدية لأن هذا جناية واحدة في موضع واحد فإذا وجب في العقل الدية لم يجب فيها شيء.وطريق معرفة ذهاب الشم أن يوضع بين يديه ما له رائحة كريهة ، فإن اتقى من ذلك علم أنه لم يذهب شمه ، قاله في «شرح الطحاوي» .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (**وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت**) ش: أي عرضها يجب م: (**الدية لأنه يفوت به منفعة الجمال . قال وفي شعر الرأس الدية**) ش: سواء كان شعر رجل أو امرأة أو كبير أو صغير ، ويؤجل سنة فإن نبت لم تجب الدية ، وإن مات قبل مضي السنة لا شيء فيه ، وبه قال الثوري وأحمد . م: (**لما قلنا**) ش: وهو أنه يفوت به الجمال . م: (**وقال مالك ، وهو قول الشافعي-رحمه الله-: تجب فيهما**) ش: أي في اللحية وشعر الرأس ، م: (**حكومة عدل**) ش: إذا حلقا ولم ينبتا م: (**لأن ذلك زيادة في الآدمي ، ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها**) ش: أي يحلق بعض اللحية م: (**في بعض البلاد**) ش: لو كان جمالاً لم يحلقوا . وقد يكون عدم اللحية جمالاً في بعض الأحوال ، وأهل الجنة كلهم أمرد . فلو كان ذلك من جملة الجمال الأصلي

وصار كشعر الصدر والساق ، ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة . ولنا : أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الأذنين الشاخصتين ،وكذا شعر الرأس جمال ، ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لا يتعلق به جمال . وأما لحية العبد: فعن أبي حنيفة -رحمه الله-: أنه يجب فيها كمال القيمة ، والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر .

لكان أهل الجنة أولى به .

م: **(وصار)** ش: أي حكم هذا م: **(كشعر الصدر والساق)** ش: إذا ليس فيه الجمال .

م: **(ولهذا)** ش: أي ولأجل كون شعر الرأس زيادة في الآدمي م: **(يجب في شعر العبد نقصان القيمة)** ش: يعني إذا حلق شعره يجب فيه ما ينقص من قيمته .

م: **(ولنا : أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية)** ش: وروي : أن لله تعالى ملائكة يسبحون سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب ، والدليل على أن اللحية جمال أن الرجل إذا بلغ حد الكهولة والشيخوخة ولم يثبت له لحية يسمج في الأعين ، وإنما لا يسمج في حالة الطراوة والصغر ، وأما في حالة الضمور والكبر فلا شك أنه يعد شيئاً .

والرأس إذا حلق ولم ينبت يظهر فيه القرع بعد زمن عليه ، فإن القرع عيب في الناس ولهذا يتكلف الأقرع في ستر رأسه كما يتكلف بستر سائر عيوبه .

م: **(كما في الأذنين الشاخصتين)** ش: أي المرتفعتين من شخص بالفتح : ارتفع ، فإن فيه تفويت منفعة الجمال مع بقاء السمع ، وتجب الدية كاملة .

م: **(وكذا شعر الرأس جمال، الا ترى أن من عدمه)** ش: أي من عدم شعر الرأس م: **(خلقة)** ش: أي من حيث الخلقة م: **(يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لا يتعلق به جمال)** ش: أي وقد ذكرناه الآن م: **(وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة -رحمه الله-:أنه يجب فيها كمال القيمة)** .

وهي رواية الحسن -رحمه الله- عن أبي حنيفة -رحمه الله- اعتباراً بالدية في الحر لفوات الجمال .

م: **(والتخريج على الظاهر)** ش: أي ظاهر الرواية م: **(أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال)** ش: فيجب نقصان القيمة م: **(بخلاف الحر)** ش: فإن المقصود فيه الجمال ولو حلق بعض اللحية ولم ينبت قيل يجب فيه حكومة عدل .

وفي «شرح الكافي» : والصحيح أنه يجب فيه كل الدية لأن هذا في الشين فوق ملا لحية له

قال : وفي الشارب حكومة عدل هو الأصح لأنه تابع للحية فصار كبعض أطرافها .وقال: لحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لأن وجوده يشينه ولا يزينه وإن كان أكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعاً لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل ، لأن فيه بعض الجمال وإن كان متصلاً ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال ، وهذا كله إذا فسد المنبت ، فإن نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء ؛ لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل ، وإن نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة -رحمه الله-: أنه لا يجب شيء في الحر لأنه

أصلاً .

وكان أبو جعفر الهندواني يقول في اللحية : إنما يجب بها كمال الدية إذا كانت لحيته كاملة يتجمل بها ، وأما إذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شيء فيها وإن كانت غير متوفرة ، ولا يقع بها جمال كامل وليست مما يشين ففيها حكومة عدل ، ولو حلق فنبت أبيض إن كان في أوانه لا يجب شيء ، وإن كان في غير أوانه اختلف مشايخنا فيه . والصحيح أنه يجب فيه حكومة عدل .

وقال في «شرح الطحاوي » : ولو حلق رأسه فنبت أبيض والرجل شاب . قال أبو حنيفة-رحمه الله- في الحر لا يجب شيء وفي العبد يجب النقصان ، وقال: يجب حكومة العدل في الحر والعبد ، وفي« الواقعات» رجل حلق لحية رجل ، فإن كانت لحية متصلة أو خفيفة أو رقيقة أو كثيفة ففيه الدية إن لم تنبت ، وإن كان كوسجاً فعليه فيها حكومة عدل بعدما ينتظر سنه فلم تنبت ، فإن كان عمداً ففي ماله لأن العاقلة لا تعقل العمد ، وإن كان خطأ فعلى عاقلته كما في قتل الخطأ والعمد .

م: **(قال)** ش: أي المصنف م: **(وفي الشارب حكومة عدل)** ش: ناقله الناطفي -رحمه الله- في الأجناس م: **(هو الأصح)** ش: احترز به عن قول بعض المشايخ أنه يجب فيه كمال الدية لأنه عضو على حدة . قال المصنف: م: **(لأنه)** ش: أي لأن الشارب م: **(تابع للحية فصار كبعض أطرافها)** ش: أي كبعض أطراف اللحية فإذا حلق بعض أطراف اللحية يجب حكومة عدل فكذا هذا .

م: **(قال : ولحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لأن وجوده يشينه ولا يزينه ، وإن كان أكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعاً لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لأن فيه بعض الجمال ، وإن كان متصلاً ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله إذا فسد المنبت فإن نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب)** ش: أي الحالق م: **(على ارتكابه ما لا يحل وإن نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه لا يجب شيء في الحر لأنه**

يزيده جمالاً ، وفي العبد تجب حكومة عدل ، لأنه ينقص قيمته ، وعندهما تجب حكومة عدل لأنه في غير أوانه يشينه ولا يزينه، ويستوي العمد والخطأ ، على هذا الجمهور . وفي الحاجبين الدية ، وفي إحداهما نصف الدية وعند مالك والشافعي -رحمهما الله - تجب حكومة عدل ، وقد مر الكلام فيه في اللحية . قال : وفي العينين الدية ، وفي اليدين الدية ، وفي الرجلين الدية ، وفي الشفتين الدية ، وفي الأذنين الدية ، وفي الأنثيين الدية ، كما روي في حديث سعيد بن المسيب -رضي الله عنه- عن النبي عليه الصلاة والسلام قال : وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه الصلاة والسلام لعمرو بن حزم : «وفي العينين الدية، وفي إحداهما نصف الدية ».

يزيده جمالاً ، وفي العبد تجب حكومة عدل لأنه ينقص قيمته ، وعندهما تجب حكومة عدل) ش: في الحر أيضاً م: (لأنه في غير أوانه يشينه ولا يزينه ، ويستوي العمد والخطأ) ش: يعني في شعر الرأس واللحية ، وكذا في شعر الحاجب .

م: (على هذا الجمهور) ش: احترز به عن رواية «النوادر »، وقاله الأترازي ، وقال الكاكي : وقال بعض الناس وهم أصحاب الظاهر : يجب في شعر الحاجب واللحية في العمد القصاص .

قيل : صورة حلق شعر الرأس واللحية خطأ هي : أن يظنه مباح الدم فحلق ثم ظهر أنه غير مباح .

م: (وفي الحاجبين الدية ، وفي إحداهما : نصف الدية) ش: يعني إذا حلق الحاجبين أو تبعًا فلم ينبتا تجب الدية لأنه أزال الجمال على الكمال . م: (وعند مالك والشافعي -رحمهما الله-: تجب حكومة عدل) ش: لأنهما لا يوجبانه في الشعر ولا يجب القصاص بالاتفاق م: (وقد مر الكلام فيه وفي اللحية) ش: أي عند قوله : وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وفي العينين الدية ، وفي اليدين الدية ، وفي الرجلين الدية ، وفي الشفتين الدية ، وفي الأذنين الدية ، وفي الأنثيين الدية ، كما روى في حديث سعيد بن المسيب -رضي الله عنه- عن النبي عليه الصلاة والسلام) ش: هذا غريب .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه الصلاة والسلام لعمرو بن خزم : « وفي العينين الدية ، وفي إحداهما نصف الدية ») ش: تقدير هذا في الفصل المذكور ، وفيما كتب لعمرو بن حزم : وفي العين الواحدة نصف الدية ، وفي اليد الواحدة نصف الدية ، وفي الرجل الواحدة نصف الدية .

ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية، وفي تفويت إحداهما تفويت النصف فيجب نصف الدية . قال : وفي ثديي المرأة لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي إحداهما نصف دية المرأة لما بينا بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الإرضاع وإمساك اللبن وفي إحداهما نصفها لما بيناه . قال : وفي أشفار العينين الدية، وفي إحداها ربع الدية . قال -رضي الله عنه -: يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً كما ذكر محمد- رحمه الله- في الأصل

م: **(ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياد تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال ، فيجب كل الدية، وفي تفويت إحداهما تفويت النصف فيجب نصف الدية)** .

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة ، وفي إحداهما نصف دية المرأة لما بينا)** ش: أشار به إلى قوله : لأن تفويت الاثنين من هذه الأشياء إلى قوله : فيجب نصف الدية .

م: **(بخلاف ثديي الرجل)** ش: بضم الثاء المثلثة وكسر الدال وتشديد الياء جمع ثدي م: **(حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال ، وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الإرضاع وإمساك اللبن)** ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - ، وأحمد - رحمه الله - ، وقال الثوري ومالك : إن ذهب اللبن وجبت الدية وإلا تجب حكومة عدل .

م: **(وفي إحداهما)** ش: أي في إحدى الحلمتين م: **(نصفها)** ش: أي نصف الدية م: **(لما بيناه)** ش: أي عند قوله : لأن في تفويت الاثنين إلى آخره .

وقال الكرخي : وإن قطع الحلمة من ثدي المرأة وحدها أو قطع الثدي وفيه الحلمة فيه نصف الدية للحلمة والثدي ، وسواء كان ذلك بضربة أو ضربتين إذا كان ذلك قبل البرء من الأول .

وفي «الجمهرة» : حلمتا الثدي النابتتان في طرفه ، وهما أول الحياة .

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(وفي أشفار العينين)** ش: الأشفار جمع الشفر بالضم وهو منبت الأهداب ، وهو جمع هدب ، وهو الشعر الذي على الأجفان م: **(الدية)** ش: أي تجب الدية ، م: **(وفي إحداما)** ش: أي في أحد الأشفار م: **(ربع الدية)** ش: هذا عند أكثر أهل العلم .

م: **(قال-رضي الله عنه -:)** ش: أي المصنف م: **(يحتمل أن مراده)** ش: أي مراد القدوري من الأشفار م: **(الأهداب مجازاً)** ش: أي من حيث المجاز م: **(كما ذكر محمد -رحمه الله-في الأصل)** ش: حيث جعل الأشفار اسمًا للشعر الذي ينبت على حروف العين ، وقد خطأه أهل

للمجاورة كالرواية للقربة وهي حقيقة في البعير ، وهذا لأنه يفوت الجمال على الكمال وجنس المنفعة ، وهي منفعة دفع الأذى والقذى عن العين إذ هو يندفع بالهدب ، وإذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية ، وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ، ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ، ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة لأن الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة . قال : وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله عليه الصلاة والسلام : «في كل أصبع عشر من الإبل »

اللغة في هذا كما لو استعار منابت الشعور والشعور تسمى أهدابًا .

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - دفعًا لتخطئتهم محمدًا بقول : يحتمل أن يكون بطريق المجاز م: (**للمجاورة**) ش: من طريق إطلاق اسم المحل على الحال ، والمجاز تتابع في كلام العرب لا ينكره إلا من لا معرفة له من العلوم .

وذكر المصنف - رحمه الله - نظيرًا لهذا المجاز بقوله : م: (**كالرواية للقربة وهي حقيقة في البعير**) ش: أي الرواية حقيقة في البعير لأن البعير الذي يحمل عليه الماء الرواية وكثر ذلك حتى سموا القربة رواية مجازًا للمجاورة كما سمي المطر سماء .

م: (**وهذا**) ش: أي هذا الذي ذكرنا من وجوب الدية في أشفار العينين وفي أحدهما ربع الدية م: (**لأنه يفوت الجمال على الكمال وجنس المنفعة ، وهي منفعة دفع الأذى والقذى**) ش: وهو الذي يقع في العين . م: (**عن العين إذ هو يندفع بالهدب، وإذا كان الواجب في الكل**) ش: أي في كل الأشفار م: (**كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية ، وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها**) ش: أي ثلاثة أرباع الدية .

م: (**ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر**) ش: هذا عطف على قوله : يحتمل مراده الأهداب مجازًا أي ويحتمل أن يكون مراد القدوري من الأشفار الحقيقة وهو منبت الشعر م: (**والحكم فيه هكذا**) ش: والحاصل كلام القدوري يحتمل الحقيقة والمجاز جميعًا ، والحكم في الكل واحد .

قال المصنف - رحمه الله - : م: (**ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة لأن الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة**) ش: أي قصبة الأنف ، وفي «التحفة» : إذا قطع الأجفان التي لا أشفار لها تجب حكومة العدل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله- م: (**وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله عليه الصلاة والسلام :**) ش: أي قول النبي ﷺ م: (**«في كل أصبع عشر من الإبل»**) ش: هذا روي عن جماعة من الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - ، منهم أبو موسى الأشعري -

ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة ، وهي عشر فتنقسم الدية عليها . قال : والأصابع كلها سواء لإطلاق الحديث ، ولأنها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال ، وكذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيهما عشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشاراً .

رضي الله تعالى عنه - ، أخرجه أبو داود والنسائي -رحمهما الله - عن النبي ﷺ قال : «**الأصابع سواء في كل أصبع عشر من الإبل**»[1] ، ومنهم ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - أخرجه عنه الترمذي قال : قال رسول الله ﷺ : « **دية أصابع اليدين والرجلين سواء عشرة من الإبل في كل أصبع** » وقال : حديث حسن صحيح غريب[2] .

ومنهم عبد الله بن عمرو بن العاص أخرجه ابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « **الأصابع كلها سواء في كل أصبع واحد عشر من الإبل** » م: (**ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة ، وهي عشر فتنقسم الدية عليها**) ش: أعشاراً أي على الأصابع عشراً في كل أصبع عشر من الإبل[3] .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**والأصابع كلها سواء**) ش: أي أصابع اليدين وأصابع الرجلين كلها سواء م: (**لإطلاق الحديث**) ش: المذكور ، وهو مذهب علي ، وعبد الله بن عباس-رضي الله عنهما - . ولا نعلم فيه خلافًا إلا رواية عن عمر - رضي الله عنه - أنه قضى في الإبهام بثلاثة عشر إبلاً ، وفي التي تليها اثني عشرة ، وفي الوسطى بعشرة وفي التي تليها تسع وفي الخنصر ست . وروي عنه كقول العامة - رحمهم الله .

م: (**ولأنها**) ش: أي ولأن الأصابع م: (**سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه**) ش: أي في البعض م: (**كاليمين مع الشمال**) ش: يعني هما سواء في إيجاب الحكم حيث تجب الدية فيهما على السواء ، وإن كانت منفعة اليمين أكثر م: (**وكذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيهما**) ش: أي في الرجلين م: (**عشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشاراً**)

---

(١) ضعيف : أخرجه أبو داود (٤٥٥٦) ، النسائي (٤٥٠٣) عن سعيد بن أبي عروبة عن غالب التمار عن حميد ابن هلال عن مسروق بن أوس عن أبي موسى مرفوعاً ، وأخرجه أبو داود (٤٥٥٧) عن شعبة عن غالب التمار عن مسروق به ليس بينهما حميد بن هلال .

قلت : فلعل غالب كان يرويه تارة عن مسروق وتارة عن حميد بن هلال على الوجهين ، والله أعلم . ومسروق ابن أوس مجهول وقال فيه الحافظ في« التقريب » مقبول .

(٢) أخرجه الترمذي (١٤٢٣) عن يزيد النحوي عن عكرمة عن ابن عباس .

(٣) حسن : رواه ابن ماجه (٢٦٥٣) عن مطر الوراق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

قال : وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل ، ففي أحدها ثلث دية الأصبع ، وما فيها مفصلات ففي أحدهما نصف دية الأصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع . قال : وفي كل سن خمس من الإبل لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي موسى الأشعري -رضي الله عنه- : «وفي كل سن خمس من الإبل » والأسنان والأضراس كلها سواء لإطلاق ما روينا ، ولما روي في بعض الروايات : والأسنان كلها سواء

ش: أي عشر في كل أصبع .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل، ففي أحدها ثلث دية الأصابع ، وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الأصبع ، وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع**) ش: هذا ليس فيه خلاف إلا ما حكي عن مالك أنه قال : للإبهام أيضًا ثلاثة أحدها بباطنه ، وليس بصحيح لأن الاعتبار يقتضي وجوب العشر في الظاهر لا ما بطن منها ، وأصابع اليدين والرجلين سواء بلا خلاف .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وفي كل سن خمس من الإبل لقوله عليه الصلاة والسلام :**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**في حديث أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - : « وفي كل سن خمس من الإبل»**) ش: وأخرج ابن ماجة من حديث عكرمة عن ابن عباس : أن رسول الله ﷺ قضى في السن خمسًا من الإبل[1] .

م: (**والأسنان والأضراس كلها سواء لإطلاق ما روينا**) ش: أشار به إلى حديث عمرو بن حزم- رضي الله عنه - قال فيه : **« وفي السن خمس من الإبل »** . م: (**ولما روي في بعض الروايات: والأسنان كلها سواء**) ش: هذا رواه البزار في مسنده من حديث عكرمة عن ابن عباس - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ **قال : « الثنية والضرس سواء والأسنان كلها سواء ، وهذه سواء »**[2] . وقال الأترازي : قال القدوري : والأسنان والأضراس كلها سواء ، وكان من حق الكلام أن يقال : والأسنان كلها سواء بلا ذكر الأضراس، ويقال: والأنياب والأضراس سواء ، لأن الضرس دخل تحت السن لأن السن يشمله والعطف يوهم المغايرة بين السن والضرس . انتهى .

---

(١) ضعيف : رواه ابن أبو داود (٤٥٦٠) ، ابن ماجه (٢٦٥٠) ، عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس ، مرفوعاً . وهو ضعيف لعنعنة قتادة وهو مدلس . وهذا الحكم قد تقدم في حديث أبي بكر بن محمد بن حزم .

(٢) صحيح : أورد الزيلعي إسناد البزار قال : حدثنا عبدة بن عبد الله القسملي ثنا عبد الصمد بن عبد الوارث ثنا شعبة ، عن قتادة ، عن عكرمة ، عن ابن عباس ، مرفوعاً وإسناده صحيح ولا يخشى من عنعنة قتادة لأن الراوي عنه هو شعبة .

ولأن كلها في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدي والأصابع ، وهذا إذا كان خطأ فإن كان عمداً ففيه القصاص ، وقد مر في الجنايات . قال: ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت ، والعين إذا ذهب ضوؤها لأن المتعلق تفويت

وقال الأكمل : قوله : والأسنان والأضراس كلها سواء ، قالوا : فيه نظر ، والصواب : وكان من حق الكلام أن يقال : والأسنان كلها سواء ، ويقال : والأنياب والأضراس كلها سواء لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنايا وهي الأسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان أسفل ، ومثلها رباعيات ، وهي ما يلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرباعيات ، ومثلها أضراس تلي الأنياب ، واثنتي عشرة سنًا تسمى الطواحين من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدهن اثنان أخريان ، وهي آخر الأسنان ، وتسمى النواجذ ، وهي في أقصى الأسنان وهي جمع ناجذ ، وتسمى سن الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل ، فلا يصح أن يقال : الأسنان والأضراس سواء لعوده إلى معنى الأسنان وبعضها سواء . انتهى .

قلت : يمكن منع النظر من حيث المغايرة بين الأضراس والأسنان حاصلة من جهة التسمية ، لأن غير الضرس من الأسنان ، فمن هذه الحيثية لا تتوهم المغايرة . وفي «الخلاصة» : لو ضرب سن رجل حتى تحولت وسقطت إن كان خطأ تجب خمسمائة على العاقلة ، وإن كان عمداً يقتص وفي التساوي الصغير إذا قلع سن البالغ لا يستأنيلأن النبات بعد البلوغ نادر ، ولو قطع سن الصبي يستأنى حولاً لأن النبات ليس بنادر . ومع هذا لو قلع سن البالغ ثم نبت لا شيء عليه ، وفي «الخلاصة» : إشارة إلى أنه يؤجل في البالغ . وفي نسخة الإمام السرخسي -رحمه الله- : يستأنى حولاً في الكبير الذي لا يرجى نباته في الكسر والقطع ، وهكذا في «شرح الشافي» ، وهكذا في «المنتقى» قال : وبالأول يقضي أنه لا يؤجل ولو قطع جميع أسنانه يجب ستة عشر ألفًا ، لأن أسنانه تكون ثمانية وعشرين .

حكي عن امرأة قالت لزوجها : يا كوسج ، فقال : إن كنت كوسجًا فأنت طالق . سئل أبو حنيفة - رحمه الله - عن ذلك فقال : تعد أسنانه إن كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج م: (**ولأن كلها**) ش: أي كل الأسنان م: (**في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدي والأصابع**) ش: أي كما لا يعتبرالتفاوت في الأيدي والأصابع لأن كلها سواء في جنس المنفعة .

م: (**وهذا**) ش: أي الذي ذكره كله م: (**إذا كان خطأ فإن كان عمداً ففيه القصاص ، وقد مر في الجنايات**) .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوؤها لأن التعلق**) ش: أي الموضع الذي يتعلق به وجوب كل الدية م: (**تفويت**

جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة . وكذا لو أحدبه لأنه فوت جمالاً على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن أثر .

جنس المنفعة لا فوات الصورة) ش: لأن الصورة قائمة .

فإن قيل : ذكر في « المبسوط » أن في اليد الشلاء وفقء العين العوراء حكومة عدل ، وذكر هنا أن في إذهاب منفعة اليدين مع بقاء الصورة كمال الدية فعلم أن الصورة والمعنى كل واحد متعين يوجب شيئًا يحق له . فينبغي أن يحب بقطع اليدين الصحيحتين الدية مع الحكومة ، فالدية لإزالة المنفعة والحكومة لإزالة الصورة قلنا نعم ، كذلك ، إلا أنه أدخل الأقل في الأكثركما لو شج فذهب العقل دخل أرش الموضحة في الدية .

م: (ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة) ش: وهو النسل م: (وكذا) ش: أي تجب الدية م: (لو أحدبة) ش: أي ضرب ظهره فحدث من ذلك م: (لأنه فوت جمالاً على الكمال وهو استواء القامة ، ولو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن أثر) ش: ولو بقي أثر الضربة بعد زوال الحدبة ، ويلزم حكومة عدل لأنه زال به النفع الذي تجب به كل الدية .

* * *

فصل في الشجاج

قال : الشجاج عشرة : الحارصة وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم

م: (**فصل في الشجاج**)

ش: أي هذا فصل في بيان أحكام الشجاج وهو جمع شجة ، ولما كان الشجاج نوعًا من أنواع ما دون النفس وتكاثرت مسأله ذكرها في فصل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**الشجاج عشرة**) ش: أي عشرة أنواع وجه انحصارها في العشرة يظهر بحسب على تعاقب آثارها الأولى م: (**الحارصة**) ش: بالحاء والصاد المهملتين ومنه قولهم: حرص القصار الثوب ، إذا خرفه في الدق م: (**وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه**) ش: من الخدش بالخاء والشين المعجمتين وهو قطع الجلد م: (**ولا تخرج**) ش: أي الحاصرة لا يخرج م: (**الدم ، والدامعة**) ش: أي الثانية من الشجاج هي التي تسمى بالدامعة م: (**وهي التي تظهر الدم ولا تسيله**) ش: بضم التاء من الإسالة فهي لا تسيل الدم ولكن يظهر م: (**كالدمع في العين**) ش: يظهر ولا يسيل .

م: (**والدامية**) ش: وهو بالتحريك .

وقال سيبويه: دمي بالتسكين ، وقال المبرد : بالتحريك . وقال الجوهري :

يقال : دمى الشيء يدمي دمي ودميًا فهو دم مثل فرق يفرق فرقًا فهو فرق . قلت : لم يقل «فهو دام» فدل على أن الفاعل منه لا يجيء إلا على وزن الصفة المشبهة وعلى ما ذكره الفقهاء يكون دام وأصله دامي فاعل إعلال ماض .

وللتأنيث يقال : دامية م: (**وهي التي تسيل الدم**) ش: بضم التاء من الإسالة م: (**والباضعة**) ش: أي الشجة الرابعة هي التي تسمى بالباضعة م: (**وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه**) ش: من البضع وهو الشق والقطع ، وفي «المغرب» : الباضعة هي التي جرحت الجلد وشقت اللحم . م: (**والمتلاحمة**) ش: أي الشجة الخامسة التي تسمى بالمتلاحمة م: (**وهي التي تأخذ في اللحم**) ش: وفي« المغرب » : المتلاحمة من الشجاج التي تشق اللحم دون العظم ثم يتلاحم بعد شقها أي تتلاحم وتتلاصق .

وقال الأزهري : الوجه أن يقال : اللاحمة ، أي القاطعة اللحم ، وإنما سميت بذلك على التأول إليه ، أي على التفاؤل ، وعن محمد - رحمه الله - هي قبل الباضعة ، وهي التي يتلاحم

والسمحاق وهي التي تصل إلى السمحاق ، وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح العظم أي تبينه ، والهاشمة وهي التي تهشم العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر ، أي تحوله ، والآمة وهي التي تصل إلى أم الرأس ، وهو الذي فيه الدماغ . قال : ففي الموضحة القصاص ، إن كانت عمداً لما روي : « أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص في الموضحة » ،

فيها الأحمر الدم ويسود . ولا يبضع اللحم . م: (والسمحاق) ش: أي الشجة السادسة هي التي تسمى بالسمحاق م: (**وهي التي تصل إلى السمحاق ، وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس**) .

ش: وفي« المغرب» : السمحاق ، جلدة رقيقة فوق عظم الرأس إذا انتهت إليه الشجة يسمى سمحاق ومنه قيل للعظم الرقيق سماحيق م: (**والموضحة**) ش: أي الشجة السابعة تسمى بالموضحة م: (**وهي التي توضح العظم أي تبينه**) ش: وفي « المغرب » : يقال أوضحت الشجة في رأسه وأوضح فلان في رأس فلان إذا شج هذه الشجة ، وإما قول أبي يوسف - رحمه الله - : «أنه شجه فأوضحه» فلم أجده إلا في رسالته م: (**والهاشمة**) ش: أي الشجة الثامنة هي التي تسمى بالهاشمة م: (**وهي التي تهشم العظم**) ش: من الهشم ، وهو كسر الشيء الرخو من باب ضرب . م: (**والمنقلة**) ش: أي الشجة التاسعة ، هي التي تسمى بالمنقلة م: (**وهي التي تنقل العظم بعد الكسر، أي تحوله**) ش: من وضع إلى موضع آخر .

م: (**والآمة**) ش: بالمد وتشديد الميم ، وهي الشجة العاشرة م: (**وهي التي تصل إلى أم الرأس ، وهو الذي فيه الدماغ**) ش: وفي« المغرب» : وإنما قيل للشجة : آمة ، ومأمومة ، على معنى ذات أم كعيشة راضية ، وجمعهما : أوام ومأمومات .

وقال القدوري في«شرحه » : ثم الدامغة وهي التي تجرح الجلد وتصل إلى الدماغ . فهذه إحدى عشرة شجة . ولم يذكر فيها محل الحارصة ولا الدامية ، لأن الحارصة لم يبق لها أثر في الغالب .

والشجة التي لا أثر لها في الغالب لا حكم لها . ولم يذكر الدامغة ، لأن الإنسان لا يعيش معها ، فلا معنى لإثبات حكم الشجاج فيها . وما سوى ذلك فالحكم فيه مختلف على ما يجيء ، إن شاء الله تعالى .

م: (**قال**) ش: أي القدوري رحمه الله : م: (**ففي الموضحة القصاص إن كانت عمداً لما روي أنه عليه الصلاة والسلام**) ش: أي أن النبي ﷺ م: (**قضى بالقصاص في الموضحة**) ش: هذا حديث غريب .

ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم فيتساويان، فيتحقق القصاص . قال : ولا قصاص في بقية الشجاج لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لا حد ينتهي السكين إليه ، ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه . وهذه رواية عن أبي حنيفة -رحمه الله- . وقال محمد في «الأصل» -رحمه الله-وهو ظاهر الرواية- : يجب القصاص فيما قبل الموضحة ؛ لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه ، إذ ليس فيه كسر العظم ، ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ، ثم تتخذ حديدة بقدر

وأخرج البيهقي ، عن عطاء قال : قال رسول الله ﷺ : « لا طلاق قبل ملك ولا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات » . وهو مرسل[1] .

وأخرج عبد الرزاق في «مصنفه» عن الحسن وعمر بن عبد العزيز -رضي الله عنهما- عنهم أن النبي ﷺ لم يقض فيما دون الموضحة بشيء ، م: (**ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم فيتساويان ، فيتحقق القصاص**) ش: لأن عند المساواة تتحقق المماثلة ، فيتحقق القصاص لأن عند المساواة تتحقق المماثلة ، فيتحقق الاستيفاء .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا قصاص في بقية الشجاج لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها**) ش: أي في بقية الشجاج م: (**لأنه لا حد ينتهي السكين إليه**) ش: فلا يوجد المساواة م: (**ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه**) ش: أي في العظم .

م: (**وهذه**) ش: أي المذكور . م: (**رواية عن أبي حنيفة- رحمه الله -**) ش: رواها الحسن عنه وبه قال الشافعي وأحمد -رحمهما الله .

م: (**وقال محمد - رحمه الله - في الأصل**) ش: أي « المبسوط» م: (**وهو ظاهر الرواية: يجب القصاص فيما قبل الموضحة**) ش: أي دون الموضحة في الأثر كالسمحاق ونحوه .

وفي «الكافي» : هذا هو الصحيح ،لظاهر قوله تعالى : ﴿ **والجروح قصاص** ﴾ . ويمكن اعتبار المساواة كما ذكره في المتن ، وهو قول مالك م: (**لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه ، إذ ليس فيه كسر العظم ، ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار**) .

ش: يقال : سبرت الجرح أسبره إذا نظرت ما غوره ، والمسبار ، بكسر الميم ما يسبر به الجرح ، والتسبار مثله . وكل أمر رزوته فقد سبرته واستبرته . كذا في« الصحاح » قوله : رزوته بالراء ثم بالزاي قاله الجوهري رزوته أروزه روازة أي خبرته وخبرته م: (**ثم تتخذ حديدة بقدر**

---

(١) رواه البيهقي (٨/ ٨٣) وهو مرسل .

ذلك فيقطع بهـا مقدار ما قطع فيتـحقق استيفاء القـصاص . قال : وفيما دون الموضـحة حكومة عدل ؛ لأنه ليس فيهـا أرش مقدر ، ولا يمكن إهداره ، فوجب اعتبـاره بحكم العدل ، وهو مأثور عن النخعي وعمر بـن عبد العزيز -رحمهم الله- . قال : وفي الموضـحة ، إن كانت خطأً نصف عشر الدية ، وفي الـهاشمة عشـر الدية ، وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشـر الدية ، وفي الآمة ثلث الدية ، وفي الجائفة ثلث الدية ، فإن نفذت فهما جائفـتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم- رضي الله عنه -أن النبي عليه الصـلاة والسلام قال : « وفي الموضحة خمس من الإبل ، وفي الهـاشمـة عشـر ، وفي المنقلة خمـسة عـشرة ، وفي الآمـة ، ويروى المأمومـة: ثلث الدية». وقال عليه الصلاة والسـلام : «في الجائفة ثلث الدية ». وعن أبي بكر -رضي الله عنه- : « أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية» ،

ذلك ، فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص) .

م: (**قـال**) ش: أي القـدوري : م: (**وفيـما دون الموضـحة حكومـة عدل**) ش: أي فيـما دون الموضحة من حيث الأثر ، وقيل : الموضحة من حيث الذكر ، وهي من الخارصة إلى السمحاق .

م: (**لأنه ليس فيهـا أرش مقدر ، ولا يمكن إهداره ، فوجب اعتبـاره بحكم العدل ، وهو مأثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز - رحمهم الله -**) .

ش: أما [أثر] إبراهيم النخعي ، فرواه عبد الرزاق في «مصنفه» أخبرنا سفيان الثوري ، عن حماد عن إبراهيم ، قال : فيما دون الموضحة حكومة . ورواه ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن سفيان به ، وأما أثر عمر بن عبد العزيز فغريب م: (**قال**) ش: أي القـدوري - رحـمـه الله - م: (**وفي الموضحـة ، إن كانت خطأً ، نصف عشر الدية . وفي الهاشمـة عشر الدية . وفي المنقلة عـشر الدية ونصف عشر الدية . وفي الآمة ثلث الدية . وفي الجائفة ثلث الدية، فإن نفذت فهما جائفتان ، ففيهما ثلثا الدية لما روي في كـتـاب عـمرو بن حـزم -رضي الله عنه- أن الـنبي عليـه الصلاة والسـلام قـال: «وفي الموضحة : خمس من الإبل ، وفي الهاشمة عشر ، وفي المنقلة خمسة عشر ، وفي الآمة ، ويروى المأمومة، ثلث الدية »**) ش: وقد تقدم هذا في كتاب عمرو بن حزم .

م: (**وقال عليه الصلاة والسلام**) ش: أي قال النبي ﷺ م: (**« في الجائفة ثلث الدية »**) ش: هذا أيضًا تقدم في حديث عمرو بن حزم . وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» : حدثنا عبد الرحيم بن سليمان، عن محمد بن إسحاق عن مكحول عن أشعث عن الزهري : أن النبي ﷺ قضى في الجائفة بثلث الدية .

م: (**وعن أبي بكر - رضي الله عنه - أنه حكم في جائفة نفـذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية**)

ولأنها إذا نفذت نزلت منزلة جـائفتين إحداهما من جانب البطن ، والأخـرى من جانب الظهر، وفي كل جائـفة ثلث الدية ، فلهـذا وجب في النافذة ثلثـا الدية. وعن محـمد- رحمـه الله - أنه جعل المتلاحمة قـبل الباضعة، وقال : هي التي يتلاحم فيهـا الدم ويسود ، وما ذكرناه بدءاً مروي عن أبي يوسف - رحمه الله ، وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى وحكم

ش: رواه عبد الرزاق في «مصنفه» : أخبرنا ابن جريج عن داود بن أبي عاصم قال : سمعت ابن المسيب قال : قضى أبو بكر - رضي الله تعالى عنه - في الجائفة تكون نافذة بثلثي الدية . وقال : إنهما جائفتان .

قال سفيان : ولا تكون الجائفة إلا في الجوف .

م: (**ولأنها**) ش: أي ولأن الجائفة م: (**إذا نفذت نزلت منزلة جائفتـين إحداهما من جانب البطن والأخرى من جانب الظهر، وفي كل جائفـة ثلث الدية ، فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية**) ش: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وأكثر أهل العلم ، وقال ابن عبد البر : لا أعلمهم يختلفون في ذلك .

وحكي عن بعض أصحاب الشافعي وعن أبي حنيفة في رواية أنه جائفة واحدة . م: (**وعن محمد- رحمه الله - أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة**) ش: أي في الذكر م: (**وقال**) ش: أي محمد م: (**هي التي يتلاحـم فيهـا الدم ويسود**) ش: وقـال تاج الشريعة : وليس معناه أنهـا قبل الباضـعة من حيث إن تحته دونه ، بل من حيث إن المتلاحمة عند محمد ما يظهر اللحم ولا تقطعه من قولهم: التحـم السنان إذا اتصل أحدهمـا بالآخر ، والباضـعة بعدها . وفي ظاهر الرواية : المتلاحـمة ما يعمل في قطع أكثر اللحم وهي بقدر الباضعة وهي تقطع بعض اللحم.

م: (**ومـا ذكـرناه بدءاً**) ش: أي أولاً ، قـال الجـوهري : البـدء والبـدء أيضًـا الأول ، ومنه قـولهم: أفعله بادي على وزن فـاعل ، وبادي بديء على وزن فعيل، أي أول شيء . م: (**مروي عن أبي يوسف- رحمه الله**) ش: وهو ظاهر الرواية .

م: (**وهذا**) ش: أي هذا المذكور من رواية أبي يوسف ومحمد م: (**اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى وحكم**) ش: أي الذي روي عن محمـد أن المتلاحـمة قبل الباضـعة ، والذي روي عن أبي يوسف الباضـعة قبل المتلاحـمة ، اختلاف في الاسم لا في المعنى والحكم ؛ لأن محمداً -رحمه الله- لا يمنع أن تكون الشجة التي ذهب فيه اللحم أرشها، وكذلك أبو يوسف -رحمه الله - لا يمنع أن تكون الشجة التي قبل الباضعة أقل منها أرشًا، وإنما الخلاف في الاسم .

قال محمد : المتلاحمة مأخوذة من الاجتماع ، يقال : التحم الحيان إذا اجتمعا، وقال أبو يوسف : إنها مأخوذة من الذهاب في اللحم ، كذا ذكره القدروي - رحمه الله - في «شرحه» .

وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة، وهي التي تصل إلى الدماغ ، وإنما لم يذكرها لأنها تقع قتلاً في الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ، ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة ، وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح ، حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر ، وإنما تجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف ، وهو إنما ورد فيما يختص بهما ؛ ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة ، والشين يختص بما يظهر منها في الغالب ، وهو العضوان هذان لا سواهما ، وأما اللحيان فقد قيل : ليسا من الوجه وهو قول مالك - رحمه الله-

---

م: (**وبعد هذا**) ش: أي بعد ذكر الآمة التي هي عاشرة الشجاج م: (**شجة أخرى تسمى الدامغة**) ش: بالغين المعجمة م: (**وهي التي تصل إلى الدماغ ، وإنما لم يذكرها**) ش: يعني محمد - رحمه الله - في الأصل م: (**لأنها تقع قتلاً في الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة**) ش: وقد مر بيان هذا عن قريب م: (**ثم هذه الشجاج**) ش: لما ذكر قبل هذا حكم الشجاج شرع بذكر مواضع الشجاج م: (**تختص بالوجه والرأس لغة**) ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم، وعلى ما ذكر في «الإيضاح» مختص بالوجنتين والرأس أيضًا .

وقال أبو الليث : يثبت حكم هذه الشجاج في كل البدن . م: (**وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة**) ش: أي حكم الشجاج يثبت في الوجه والرأس على ما هو حقيقة اللغة م: (**في الصحيح**) ش: احترازاً عن قول أبي الليث، ثم أوضح ذلك بقوله : م: (**حتى لو تحققت**).

ش: وقال تاج الشريعة : حتى لو تحققت الموضحة والهاشمة والمنقلة م: (**في غيرهما**) ش: أي في غير الرأس والوجه م: (**نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر ، وإنما تجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف**) ش: يعني لأن التقدير من أمرين والأمور لا تكون إلا بالتوقيف على الشرع م: (**وهو**) ش: أي التوقيف م: (**إنما ورد فيما يختص بهما**) ش: أي بالوجه والرأس م: (**ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة ، والشين يختص بما يظهر منها**) ش: أي من الأعضاء م: (**في الغالب، وهو العضوان هذان**) ش: أي الوجه والراس . م: (**لا سواهما**) ش: أي لأن ما سواهما يغطى في العادة فلا يلحقه الشين كما يلحق في الوجه والرأس م: (**وأما اللحيان**) ش: بفتح اللام تثنية اللحي ، وهو الذي عليه اللحية . م: (**فقد قيل :ليسا من الوجه وهو قول مالك- رحمه الله**).

ش: وقال صاحب «الذخيرة » : والذقن من الوجه بلا خلاف ، والعظم الذي تحت الذقن ،

حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر ، وهذا لأن الوجه مشتق من المواجهة ، ولا مواجهة للناظر فيهما إلا أن عندنا : هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً ، وقالوا : الجائفة تختص بالجوف - جوف الرأس أو جوف البطن - وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي - رحمه الله- أن يقوم مملوكاً بدون هذا الأثر ويقوم به الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين ، فإن كان نصف عشر القيمة يجب

وهو اللحيان من الوجه عنده ، حتى لو وجدت الشجاج الثلاث الموضحة والهاشمة والمنقلة في اللحيين كان لها أرش مقدر عندنا خلافًا لمالك -رحمه الله- وهو معنى قوله : م: (**حتى لو وجد فيهما**) ش: أي في اللحيين م: (**ما فيه أرش مقدر**) ش: وهو الشجاج الثلاثة المذكورة م: (**لا يجب المقدر، وهذا**) ش: أي عدم الأرش المقدر فيهما م: (**لأن الوجه مشتق من المواجهة ، ولا مواجهة للناظر فيهما**) ش: أي في اللحيين .

م: (**إلا أن عندنا : هما من الوجه لاتصالهما به**) ش: أي لاتصال اللحيين بالوجه م: (**من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً**) ش: أي في اللحم يعني المواجهة أيضاً ، فيكون من الوجه حقيقة ، قيل عليه[. . .] أن يكون غسلهما فرضاً في الطهارة ، وأجيب بأنه ترك هذه الحقيقة بالإجماع والإجماع هنا فبقيت العبرة للحقيقة .

م: (**وقالوا**) ش: أي المشايخ : م: (**الجائفة تختص بالجوف ، جوف الرأس أو جوف البطن**) .

ش: وفي «الأجناس» : الجائفة وإن نفذت من رواية ففيها ثلث الدية إن كان عمداً ففي ماله ، وإن كان خطأ فعلى عاقلته . والجائفة تكون ما بين اللبة والعانة ولا يكون فوق الذقن ، ولا يكون تحت العانة بين الفخذين والرجلين .

وقال الكرخي في «مختصره» : ولا تكون الجائفة في الرقبة ولا في الحلق ، ولا تكون إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر والظهر والبطن والجبين ، وكل ما وصل إلى الفم ففيه حكومة عدل وليس بجائفة ، ولا يكون في اليدين ولا في الرجلين ، ثم في الشجاج كلها إذا برأت ولم يبق لها أثر بعد البرء لا يجب شيء في العمد والخطأ ،إلا رواية عن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه قال : يجب مقدار أجر الطبيب . كذا في «شرح الطحاوي».

وأما إذا بقي لها أثر بعد البرء في الخطأ في الموضحة وما فوقها أروش مقدرة وقبلها حكومة عدل . أما في العمد فلا يجب القصاص إلا في الموضحة وفيما قبلها حكومة عدل ، وفيما فوقها الأروش ، م: (**وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي - رحمه الله - أن يقوم مملوكًا بدون هذا الأثر ويقوم به الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين ، فإن كان نصف عشر القيمة**

نصف عشر الدية ، وإن كان ربع عشر فربع عشره ، وقال الكرخي - رحمه الله -: ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة ، فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه والله أعلم .

يجب نصف عشر الدية ، وإن كان ربع العشر فربع عشره) .

م: (**وقال الكرخي - رحمه الله -: ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه والله أعلم**) ش: بيان قوله : كم مقدار هذه الشجة أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلاً فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة ، فإن كان مقدارها ثلث الموضحة يجب ثلث أرش الموضحة وإن كان ربع الموضحة يحب ربع أرش الموضحة ، وإن كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة .

قال شيخ الإسلام : هذا هو الأصح ، وفي «فتاوى قاضي خان »: وعلى قول الطحاوي الفتوى ، وبه أخذ الحلواني ، وبه قالت الأئمة الثلاثة وأهل العلم ، وقال ابن المنذر : وهو قول كل من يحفظ عنه .

* * *

فصل

قال : وفي أصابع اليد نصف الدية لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ، ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر ، فإن قطعها مع الكف ففيه أيضاً نصف الدية لقوله عليه الصلاة والسلام : «وفي اليدين الدية وفي إحداهما نصف الدية »، ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها ، وإن قطعها مع نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف الدية ، وفي الزيادة حكومة عدل ، وهو رواية عن أبي يوسف - رحمه الله -، وعنه أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع للأصابع إلى المنكب وإلى الفخذ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية ، واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع .

م: (فصل)

ش: أي هذا فصل في بيان مسائل الجراح التي فيما دون النفس فيما دون الرأس م: (**قال : وفي أصابع اليد نصف الدية**) ش: هذا قول القدوري في« مختصره » لما روينا ، وفي بعض النسخ : على ما روينا في فصل الشجاج في حديث عمرو بن حزم : «في كل أصبع عشر من الإبل » فإذا وجب م: (**لأن في كل أصبع عشر الدية**) ش: من الإبل ، وهو عشر الدية م: (**على ما روينا)** ش: يكون في أصابع اليد الواحدة إذا قطعت خطأ نصف الدية لأن فيها خمس أصابع م: (**فكان في الخمس**) ش: أي في خمس الأصابع م: (**نصف الدية ،ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب**) ش: أي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة م: (**على ما مر**) ش: أي في فصل مما دون النفس م: (**فإن قطعها**) ش: أي الأصابع م: (**مع الكف ففيه أيضًا نصف الديه لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**وفي اليدين الدية**) ش: تقدم من ذلك [ما] فيه الكفاية م: (**وفي إحداهما**) ش: أي في إحدى اليدين م: (**نصف الدية)** ش: هو أيضًا لفظ الحديث م: (**ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها**) ش: أي بالأصابع م: (**وإن قطعهما**) ش: أي اليد م: (**مع نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف الدية ، وفي الزيادة حكومة عدل ، وهو رواية عن أبي يوسف - رحمه الله**) .

وبه قال الشافعي- ظاهر مذهبه- والقاضي الحنبلي ، م: (**وعنه**) ش: أي وعن أبي يوسف : م: (**أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع للأصابع إلى المنكب وإلى الفخذ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية ، واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع**) ش: وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى - رحمهم الله - وأصحاب الشافعي وهو قول النخعي وقتادة وعطاء ، لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية ، واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب

ولهما : أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع ، فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين ، ولأن لا وجه إلى أن يكون تبعاً للأصابع لأن بينهما عضواً كاملاً ولا إلى أن يكون تبعًا للكف لأنه تابع ، ولا تبع للتابع . قال : وإن قطع الكف من المفصل وفيها أصبع واحدة ففيه عشر الدية وإن كان أصبعان فالخمس ولا شيء في الكف ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله- ، وقالا: ينظر إلى أرش الكف والأصبع فيكون عليه الأكثر ، ويدخل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين لأن الكل شيء واحد ، ولا إلى إهدار أحدهما ؛ لأن كل واحد منهما

فلا يزاد على تقدير الشرع .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد : م: (**أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع ، فلم يجعل الذراع تبعًا في حق التضمين**) ش: بيان هذا : أن اليد آلة باطشة بمعنى أرش اليد يجب باعتبار إزالة البطش .

والأصل في البطش الأصابع ، والكف تبع لها ، وأما الساعد فلا يتبعها لأنه غير متصل بها فلم يجعل تبعًا لها في التضمين .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الذراع م: (**لا وجه إلى أن يكون تبعًا للأصابع لأن بينهما**) ش: أي بين الذراع والأصابع م: (**عضواً كاملاً**) ش: وهو الكف م: (**ولا إلى أن يكون**) ش: أي لا وجه إلى أن يكون م: (**تبعًا للكف لأنه**) ش: أي لأن الكف م: (**تابع ، ولا تبع للتابع**) ش: بيانه : أن الذراع لا يجوز أن يتبع الأصابع لأنه يفصل بينهما عضو فلا يكون تبعًا ، ولا يجوز أن يستتبع الكف لأنه تبع في نفسه فلا يثبت له تبع .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (**وإن قطع الكف من المفصل وفيها أصبع واحدة ففيه**) ش: أي في الأصبع الواحدة م: (**عشر الدية**) .

ش: وفي بعض النسخ : ففيها ، فالأصبع يذكر ويؤنث م: (**وإن كان أصبعان فالخمس**) ش: أي الواجب خمس الدية م: (**ولا شيء في الكف وهذا**) ش: أي وهذا الحكم م: (**عند أبي حنيفة- رحمه الله - وقالا: ينظر إلى أرش الكف والأصبع**) ش: أي حكومة العدل في الكف والأصبع م: (**فيكون عليه الأكثر ، ويدخل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين**) ش: أي أرش الكف وأرش الأصبع يعني الجمع بين هذين الأرشين جمع اتفاق م: (**لأن الكل شيء واحد**) ش: لأن ضمان الأصابع ضمان الكف والأصابع ، فهذا شيء واحد ، م: (**ولا إلى إهدار أحدهما**) ش: أي ولا وجه أيضًا إلى إهدار أحدهما م: (**لأن كل واحد منهما**) ش: من الكف والأصابع م:

أصل من وجه فرجحنا بالكثرة ، وله : أن الأصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعاً لأن البطش يقوم بها . وأوجب الشرع في أصبع واحدة عشراً من الإبل ، والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدارالواجب ، ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع ، ولا شيء في الكف بالإجماع لأن الأصابع أصول في التقوم وللأكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها .

(**أصل من وجه**) ش: أما الأصابع فظاهر وأما الكف فأصل من حيث إن قيام الأصابع به م: (**فرجحنا بالكثرة**) ش: كما قلنا فيمن شج رأس شخص وتناثر بعض شعره حيث يدخل هناك الأقل في الأكثر .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أن الأصابع أصل والكف تابع حقيقة**) ش: أي من حيث الحقيقة م: (**وشرعًا**) ش: أي من حيث الشرع وبين وجه الحقيقة بقوله : م: (**لأن البطش يقوم بها)** ش: أي بالأصابع .

وبيّن وجه الشرع بقوله : م: (**وأوجب الشرع في أصبع واحدة عشرًا من الإبل ، والترجيح من حيث الذات والحكم**) ش: أي من حيث الحقيقة والشرع م: (**أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب**) ش: كما أن التقدير الشرعي ثابت بالنص ، وما لم يثبت فيه تقدير يكون تقديره بالرأي ، والرأي لا يعارض النص ، وأما قولهما : « إن بالكثرة أولى نقلنا » إنما يصار إلى الترجيح عند المساواة في القوة ولا مساواة بين النص والرأي .

وأما مسألة الشعر فلا يكون تبعًا للآخر وفيما نحن فيه الكف تبع ، كذا ذكره قاضي خان، فلما كان الاعتبار عند أبي حنيفة للنص وتقدير الشرع ،لا يتفاوت بين أن يكون الباقي أصبعًا أو أكثر ، ولهذا قال أبو حنيفة : إذا لم يبق من الأصبع إلا مفصل واحد ففي ظاهر الرواية عنده أرش ذلك المفصل أو يجعل الكف تبعًا له لأن أرش المفصل مقدر شرعًا ، وما بقي شيء من الأصل ، وإن قل لا حكم للتبع كما إذا بقي واحد من أصحاب الخطر في المحل لا يعتبر المكان .

وروى الحسن عن أبي حنيفة : إذا كان الباقي دون أصبع يعتبر فيه الأقل والأكثر كقولهما فيدخل الأقل في الأكثر والأول أصح .

م: (**ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع ، ولا شيء في الكف بالإجماع لأن الأصابع أصول في التقوم وللأكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها**) ش: ثم قطعت مع الكف .

قال : وفي الأصبع الزائدة حكومة عدل تشريفاً للآدمي لأنه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة . وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته حكومة عدل . وقال الشافعي - رحمه الله-: تجب فيه دية كاملة لأن الغالب فيه الصحة فأشبه قطع المارن والأذن . ولنا : أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة فإذا لم تعلم صحتها لا يجب

ويقال : هذا الشيء بأسره أي بجميعه ، كما يقال يومئذ .

م: (**قال: وفي الأصبع الزائدة**) ش: أي وفي قطع الأصبع الزائدة م: (**حكومة عدل**) ش: وبه قال الشافعي ، وأحمد ، والثوري ، ولا يعلم لهم مخالف ، وعن زيد بن ثابت - رضي الله تعالى عنه - قال : فيها ثلث دية الأصبع ،

وفي « الذخيرة » : فيها الحكومة سواء كان في العمد أو في الخطأ ، وسواء كان للقاطع أصبع زائد أم لا .

م: (**تشريفًا للآدمي**) ش: أي لأجل تشريفه لأنه مكرم م: (**لأنه**) ش: أي لأن الأصبع الزائدة م: (**جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة**) ش: أي ولا جمال فيه قيل عليه أنه منقوص بما إذا كان من ذقن رجل شعراته منفردة وأزالها رجل ، ولم ينبت مثلها فإنه لم يجب فيه حكومة عدل ، وإن كان الشعر جزءًا من الآدمي بدليل أنه لا يحل الانتفاع به ، وأجيب بأن إزالة جزء الآدمي إنما يوجب حكومة عدل إذا بقي من أثره ما يشينه كما في قطع الأصبع الزائدة، وإزالة الشعرات تزينه ولا تشينه ، فلا يوجبها ، كما لو قص ظفر غيره بغير إذنه .

م: (**وكذلك السن الشاغية**) ش: بالشين والغين المعجمة ، أي الزائدة ، يقال : شغيت اسنانه إذا اختلف بينها وتراكبت ، وقيل : الشغي أن تقع الأسنان العليا على السفلى ، ورجل أشغى وامرأة شغياء ومنه سميت العقاب شغياء لأن مقدم مسيرها مطبق على الآخر جزءًا منها بكسر الميم لسباع الطير بمنزلة المستعار لغيرها م: (**لما قلنا**) ش: إشارة إلى قوله: «لأنه جزء من يده »، يعني كما الأصبع الزائدة جزء من المجني عليه ، كذلك السن الشاغية جزء فلا تجب الحكومة ، فكذا هنا .

م: (**وفي عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته حكومة عدل**) ش: هذا لفظ القدوري - رحمه الله - في «مختصره » ، وقال المصنف -رحمه الله - : م: (**وقال الشافعي- رحمه الله- تجب فيه دية كاملة**) ش: وبه قال أحمد ، وهو قول الثوري م: (**لأن الغالب فيه الصحة فأشبه قطع المارن والأذن**) ش: من الصبي م: (**ولنا : أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة ، فإذا لم تعلم صحتها لا يجب**

الأرش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للإلزام بخلاف المارن والأذن الشاخصة ؛ لأن المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال ، وكذا لو استهل الصبي لأنه ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام ، وفي الذكر بالحركة ، وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطأ . قال : ومن شج رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية

الأرش الكامل بالشك) ش: لأن السلامة بالدليل وبالظاهر تثبت السلامة . م: **(والظاهر لا يصلح حجة للإلزام)** ش: إنما قيد بالإلزام لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام ، حتى إنه لو أعتق صغيراً لا يعلم صحة هذه الأعضاء منه يقيناً يخرج عن عهدة الكفارة لأن الغالب هو السلامة .

وقد تقدم من قبل في قوله : «ويجزيه رضيع »، وفي ذكر الخصى والعنين حكومة عدل عنده . وبه قال أحمد في رواية ، قال الشافعي : فيها دية كاملة ، وبه قال مالك وأحمد في رواية في ذكر الخصي مثل قولنا ، وهو قول الثوري ، وقتادة ، وإسحاق م: (**بخلاف المارن والأذن الشاخصة لأن المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال**) ش: ومعنى الشاخصة المرتفعة عن شخص بالفتح شخوصًا ، وقال في « الجمهرة » : شَخَصَ من مكان إلى مكان إذا سار في ارتفاع .

م: (**وكذا لو استهل الصبي**) ش: يعني يكون في لسان الصبي حكومة عدل ما لم يتكلم ، وان استهل م: (**لأنه**) ش: أي لأن استهلال الصبي م: (**ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت**) ش: بكاء م: (**ومعرفة الصحة فيه بالكلام**) ش: أي في الصوت .

م: (**وفي الذكر بالحركة**) ش: أي ومعرفة الصحة في الذكر بالحركة عند البول .

م: (**وفي العين**) ش: أي ومعرفة الصحة وفي العين م: (**بما يستدل به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك**) ش: أي بعد ما ذكر من الأشياء المذكورة م: (**حكمه**) ش: أي حكم الصبي م: **(حكم البالغ في العمد والخطأ**) ش: لأنه حينئذ يتبين أنه أتلف منفعة العضو كاملة فيترتب للصبي على الجاني مثل ما يترتب للبالغ في حالة العمد وحالة الخطأ .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن شج رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية**) ش: وبه قال الشافعي في القديم وقال في الجديد : لا يدخل ، وبه قال مالك ، وأحمد ، والحسن ، وزفر في رواية .

قال القدوري : فإن قيل : من أين يعرف ذهاب السمع والشم والبصر ؟ قيل له : يعرف

لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء ، فصار كما إذا أوضحه فمات ، وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط ، والدية تجب بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده . وقال زفر : لا يدخل لأن كل واحد منها جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات ، وجوابه ما ذكرناه . قال: وإن ذهب سمعه وبصره ، أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية . قالوا : هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - ، وعن أبي يوسف -رحمه الله-: أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر .

ذلك باعتراف الجاني وتصديقه للمجني عليه أو بنكوله عن اليمين وغير ذلك من الوجوه ، م: **(لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء)** ش: لأنه يكون كالميت والملحق بالبهائم م: **(فصار كما إذا أوضحه فمات ، وأرش الموضحة يحب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط)** ش: أي لو نبت الشعر في موضع الشجة يسقط الأرش .

م: **(والدية تجب بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد)** ش: أي تعلق أرش الموضحة والدية جميعًا بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل م: **(فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده)** ش: فيجب أرش اليد لا أرش الأصبع ، والأصل فيه وما أشبه أن الجزء يدخل في الكل .

م: **(وقال زفر: لا يدخل)** ش: أرش الموضحة في الدية م: **(لأن كل واحد منها جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات ، وجوابه ما ذكرناه)** ش: قيل : يعني به قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء ، وقيل قوله : وقد تعلقا بسبب واحد ، وهو أشمل من الأول .

م: **(قال : وإن ذهب سمعه وبصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية ، قالوا)** ش: : أي المشايخ م: **(هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -)** .

ش: قال في «النهاية» : ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقع سهوًا لكونه مخالفًا لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغي أن يذكر محمد - رحمه الله - مكان أبي يوسف م: **(وعن أبي يوسف-رحمه الله- أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر)** ش: روى هذه الرواية عن أبي يوسف الحسن بن زياد.

فإن قيل : من أين يعلم ذهاب البصر والسمع والكلام؟

قيل له : يعرف ذلك باعتراف الجاني وتصديقه للمجني عليه أو بنكوله عن اليمين وغير

وجه الأول أن كلاً منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الأعضاء المختلفة بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء على ما بينا ، ووجه الثاني : أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به . قال: وفي «الجامع الصغير» : ومن شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة-رحمه الله- . قالوا : وينبغي أن تجب الدية فيهما . وقالا : في الموضحة القصاص . قالوا : وينبغي أن تجب الدية في العينين . قال : وإن قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فشل ما بقي من الأصبع أو اليد كلها

ذلك من الوجوه في معرفة ذلك .

م: (**وجه الأول**) ش: هو : أن أرش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام م: (**أن كلاً منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الأعضاء المختلفة**) ش: فلا يدخل بعضه في بعض م: (**بخلاف العقل**) ش: يعني أن العقل ليس كذلك . م: (**لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء**) ش: فصار كالروح ولزوال الروح في الشجة دخل أرشها في دية الروح فكذا إذا ذهب العقل م: (**على ما بينا**) ش: أراد به قوله : لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء .

م: (**ووجه الثاني**) ش: يعني قوله : وعن أبي يوسف م: (**أن السمع والكلام مبطن**) ش: يعني كل واحد منهما باطن م: (**فيعتبر بالعقل**) ش: فيدخل أرش الموضحة في ديته م: (**والبصر ظاهر فلا يلحق به**) ش: أي بالعقل فلا يدخل أرش الموضحة فيه كاليد والرجل . وقال الأكمل -رحمه الله- في قوله : والكلام مبطن ، قيل : يريد به الكلام النفسي بحيث لا يفهم منها المعاني ولا يقدر على نظم المتكلم ، وإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسير جداً وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات نفي جعله مبطنًا وظاهرًا .

م: (**قال : وفي « الجامع الصغير » : من شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة-رحمه الله-**) ش: قال أبو الليث : ولكن يجب عليه أرش الموضحة ودية العينين م: (**قالوا**) ش: أي المشايخ م: (**وينبغي أن تجب الدية فيهما**) ش: أي في الموضحة والعينين يعني أنه يجب أرش الموضحة ودية العينين . م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد م: (**في الموضحة القصاص ، قالوا**) ش: أي المشايخ في شروحهم م: (**وينبغي أن تجب الدية في العينين**) ش: أي على قولهما ، وإنما كرر لفظ «قالوا» لأن الأول في قول أبي حنيفة والثاني في قولهما .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد في « الجامع الصغير » : م: (**وإن قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فشل ما بقي من الأصبع أو اليد كلها**) ش: أي أو شلت اليد كلها ، والشلل فساد في اليد

لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل ، وكذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافاً ، وينبغي أن تجب الدية في السن كله ولو قال : اقطع المفصل واترك ما يبس أو اكسر القدر المكسور أو اترك الباقي لم يكن له ذلك لأن الفعل في نفسه ما وقع موجباً للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال أشجه موضحة وأترك الزيادة لهما في الخلافية أن الفعل في محلين . فيكون جنايتين مبتدأتين ، فالشبهة في إحداهما لا تتعدى إلى الأخرى .

من باب علم م: (**لا قصاص عليه في شيء من ذلك**) ش: أي باتفاق أصحابنا .

وقال الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - : لا يسقط القود عن الأصبع لأنه عمد يمكن في الاعتبار المساواة فيه ، ولا يجب القصاص في الثاني في قول عن الشافعي ، وفي رواية عن أحمد م: (**وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى ، وفيما بقي حكومة عدل**) ش: وإنما قال : «ينبغي» لأن محمداً لم يذكر هذا في «الجامع» ، والمشايخ -رحمهم الله - في الشروح قالوا هذا .

م: (**وكذلك**) ش: أي الحكم وهو عدم القصاص م: (**لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي**) ش: من السن المكسورة م: (**ولم يحك**) ش: أي محمد م: (**خلافًا**) ش: في المسألتين وأحمد في رواية والشافعي في قول إن لم يذهب نفعها وهو المختار عند أصحاب الشافعي م: (**وينبغي أن تجب الدية في السن كله ولو قال**) ش: أي المجني عليه م: (**اقطع المفصل واترك ما يبس**) ش: من أرش اليد أو السن أو قال م: (**أو اكسر القدر المكسور**) ش: من السن م: (**أو اترك الباقي لم يكن له ذلك ؛ لأن الفعل في نفسه ما وقع موجبًا للقود فصار**) ش: حكم هذا م: (**كما لو شجه**) ش: أي كما إذا شج رجل رجلاً شجة م: (**منقلة فقال : أشجه**) ش: شجة م: (**موضحة وأترك الزيادة**) ش: ليس له ذلك لأن الجناية الأولى كانت سارية وهي ليست في وسع المجنى عليه، والمماثلة شرط وجوب القصاص فلم تنعقد تلك الجناية موجبة القصاص في الابتداء ، وإنما انعقدت موجبة للمال، ولا يكون له على القصاص سبيل م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: (**في الخلافية)** ش: أي في المسألة الخلافية وهي : ما إذا شج موضحة فذهبت عيناه م: (**أن الفعل**) ش: وقع م: (**في محلين**) ش: مختلفين حقيقة .

م: (**فيكون جنايتين مبتدأتين ، فالشبهة في إحداهما**) ش: أي في إحدى الجنايتين م: (**لا تتعدى إلى الأخرى**) ش: أي إلى الجناية الأخرى ، والأصل في هذا أن الجناية إذا وقعت في مجلسين متباينين حقيقة فوجوب المال في أحدهما لا يمنع وجوب القود في الآخر وهو قول الأئمة الثلاثة أيضًا ، ومتى وقعت في محل واحد وأتلف شيئين ، أحدهما يوجب القود والآخر يوجب المال ، يجب بلا خلاف بين أصحابنا خلافًا للأئمة الثلاثة.

كمن رمى إلى الرجل عمداً فأصابه ونفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود في الأول . وله : أن الجراحة الأولى سارية والجزاء بالمثل ، وليس في وسعه الساري فيجب المال ، ولأن الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة ، وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر ، فأورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية ، بخلاف النفسين ، لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه . وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع لأنه ليس فعلاً مقصوداً .

م: (**كمن رمى إلى الرجل عمداً فأصابه ونفذ**) ش: أي رميه م: (**منه إلى غيره فقتله يجب القود في الأول**) ش: دون الثاني ، وتجب الدية في الثاني ، وكذا إذا قطع أصبعًا فاضطرب السكين فأصاب أصبعًا آخر خطأ منه فإنه يقتص في الأولى بالإجماع دون الثانية .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - : م: (**أن الجراحة الأولى سارية والجزاء بالمثل، وليس في وسعه الساري فيجب المال**) ش: لأن الجراحة التي يعمل القصاص قد لا تكون سارية ، إذ ليس في وسعه، فعلى ذلك لا يكون مثلاً للأولى ولا قصاص بدون المماثلة م: (**ولأن الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة**) ش: أي الثابتة حالة الشج م: (**وكذا المحل**) ش: أي محل الجنايتين م: (**متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر، فأورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية**) ش: والشبهة تعمل على الحقيقة فيما يندرئ بالشبهة أن لا يعمل في المال ، لأنه يثبت مع الشبهة فكيف يسقط بها فيجب ديتان .

م: (**بخلاف النفسين**) ش: هذا جواب عن قولهما كمن رمى إلى رجل عمدًا فأصابه ونفذت إلى غيره فقتله ، ووجه ذلك هو قوله م: (**لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه**) ش: ولا تصور سراية الفعل من شخص إلى شخص ويتصور ذلك في شخص واحد .

م: (**وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع**) ش: هذا جواب عما قال : إذا قطع أصبع رجل عمدًا فاضطرب السكين فوقع على أصبع آخر فقطعها يقتص للأولى دون الثانية ، فما بال مسألتنا لم تكن كذلك ، ووجهه أن القطع الثاني إنما لم يورث الشبهة في القصاص، لأنه فعل مقصود ، وأما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود ، وهو معنى قوله: م: (**لأنه ليس فعلاً مقصوداً**) ش: في مسألتنا ، وفيما إذا وقع سكين على الأصبع قد صار فعلاً مقصودًا.

وقال الأكمل - رحمه الله - : الضمير في لأنه عائد إلى ذهاب العين بالسراية، وبهذا التوجيه يندفع ما قال في «النهاية» أن في قوله لأنه ليس فعلا مقصوداً نظر ، وإن الصواب ما ذكره في «الذخيرة» أنه مقصود ، ولكن ليس من أمره ، فإنه رجع الضمير إلى الفعل الثاني

قال : وإن قطع إصبعاً فشلّت إلى جنبها أخرى ، فلا قصاص في شيء من ذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله- . وقالا هما وزفر والحسن -رحمهم الله-: يقتص من الأولى ، وفي الثانية أرشها ، والوجه من الجانبين قد ذكرناه . وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الأولى ، وهو ما إذا شج موضحة فذهبَ بصره : أنه

فاختل الكلام ، وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ما ذكر من الدليل الأول بالنسبة إلى الأول ، والثاني إلى الثاني .

وقال الكاكي : قوله «وبخلاف ألسكين إذا اتصل بالأخرى » لأن القطع في الأصبع الأخرى ليس من أثر الفعل الأول ، بل الفعل وقع عليه مقصودًا ، فيتقرر بحكمه ، يعني أن القطع في الأصبع الأخرى لا يقصد من الأولى ، إذ الخطأ لا تصل من العمد ولا يمكن أن يجعل القطع الثاني تتمة الأول ، فلا يورث شبهة ، وكذا قال فخر الإسلام وصاحب « الإيضاح » .

وذكر في « النهاية » وبهذا يعلم أن فيما قاله في الكتاب ليس مقصودًا نظر ، وأن الصواب فيما ذكره فخر الإسلام وصاحب «الإيضاح »، أجيب عن كلامه بما ذكره في الكتاب من حيث المعنى ، والتأويل ما قالاه فيكون صحيحًا لما قلنا أن الضمير في «لأنه» يرجع إلى القطع في أصبع أخرى .

وقال الأترازي : قوله «بخلاف السكين إذا انسل إلى الأصبع الأخرى فقطعها» ، لأن قطع الأخرى حصل ابتداء بالانسلال لا بالسراية ، فلم يكن ذلك شبهة بالأصبع الأولى لعدم اتحاد الفعل ، وهذا هو الفرق الصحيح ، وما قاله صاحب «الهداية » بقوله وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع ؛ لأنه ليس فعلا مقصودًا : فيه نظر ، انتهى .

قلت : قد أجيب عن النظر فيما ذكرنا يعلم بالإمعان في التأمل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإن قطع أصبعًا فشلّت إلى جنبها أخرى ، فلا قصاص في شيء من ذلك**) ش: وعليه دية الأصبعين م: (**عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالا هما وزفر والحسن - رحمهم الله -**) ش: يعني ابن زياد نقله عنه الأكمل وقالا وزفر فكذلك قال ، ولو قال : «وقالا فيها وزفر » كان صوابًا ، وذلك أنه لا يجوز أن يعطف على الضمير المرفوع إلا إذا أكد إلا في صورة الشعر م: (**يقتص من الأولى**) ش: في الأصبع الأولى م: (**وفي الثانية**) ش: أي وفي الأصبع الثانية يجب م: (**أرشها ، والوجه من الجانبين**) ش: أي من جانب أبي حنيفة وجانب هؤلاء م: (**قد ذكرناه**) ش: يريد به قوله ومن شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه . . . إلى آخره .

م: (**وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الأولى ، وهو ما إذا شج موضحة فذهب بصره : أنه**

يجب القصاص فيهما ؛ لأن الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص، بخلاف الخلافية الأخيرة ؛ لأن الشلل لا قصاص فيه ، فصار الأصل عند محمد - رحمه الله- على هذه الرواية : أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص ، كما لو آلت إلى النفس وقد وقع الأول ظلماً . ووجه المشهور : أن ذهاب البصر بطريق التسبيب ، ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب .بخلاف السراية إلى النفس لأنه لا تبقى الأولى فانقلبت الثانية مباشرة . قال : ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص إلا على رواية ابن سماعة -رحمه الله-، ولو أوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين .

يجب القصاص فيهما) ش: أي في الموضحة والبصر جميعًا م: (**لأن الحاصل بالسراية مباشرة)** ش: يعني بمنزلة المباشرة ثم نظر ذلك بقوله م: (**كما في النفس**) ش: يعنى ألا ترى أنه لو قطع يد إنسان فسرى إلى نفسه يجب القصاص م: (**والبصر يجري فيه القصاص**) ش: ألا ترى أنه لو شجه موضحة وباشر سبب ذهاب البصر يجب القصاص فيهما كذلك هنا .

م: (**بخلاف الخلافية الأخيرة**) ش: وهي قوله فإن قطع أصبعًا فشلت إلى جنبها أخرى م: (**لأن الشلل لا قصاص فيه**) ش: ويجب الأرش م: (**فصار الأصل عند محمد - رحمه الله - على هذه الرواية**) ش: أي رواية ابن سماعة : م: (**أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص ، كما لو آلت إلى النفس**) ش: قال شيخنا العلاء - رحمه الله - : أي كما لو آلت الجراحة ووصلت إلى النفس ، فإن قطع أصبع رجل عمداً فسرى ومات يجب القصاص م: (**وقد وقع الأول ظلمًا**) ش: أي محمد - رحمه الله - فيكون موجبًا للقصاص .

م: (**ووجه المشهور**) ش: أي القول المشهور عن محمد : م: (**أن ذهاب البصر بطريق التسبيب، ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب**) ش: عندنا وأكثر أهل العلم إلا في رواية عن مالك ، وعن الشافعي في قول م: (**بخلاف السراية إلى النفس لأنه لا تبقى الأولى**) ش: أي لا تبقى الجناية الأولى معتبرة ، فإذا كان كذلك م: (**فانقلبت الثانية مباشرة**) ش: أي فانقلبت الجناية الثانية بطريق المباشرة ، فيجب القصاص .

م: (**قال**) ش: أي المصنف ، ذكر هذه المسألة والتي تليها أيضًا على سبيل التفريع : م: (**ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص إلى على رواية ابن سماعة-رحمه الله- ، ولو أوضحه موضحتين)** ش: أي ولو شجه شجتين موضحتين م: (**فتآكلتا**) ش: أي صارتا واحدة بالأكل م: (**فهو على الروايتين هاتين**) ش: أي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد ، يعني لا قصاص على المشهور ، وفيها القصاص على رواية ابن سماعة .

قال : ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش في قول أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقالا : عليه الأرش كاملاً لأن الجناية قد تحققت ، والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى . وله : أن الجناية انعدمت معنى ، فصار كما إذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الأرش بالإجماع ؛ لأنه لم يفت عليه منفعة ولا زينة . وعن أبي يوسف -رحمه الله- : أنه تجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل.

وقال الكرخي - رحمه الله - في «مختصره» وقال محمد - رحمه الله - : إذا ضربه بعضا فأوضحه ثم عاد فضربه إلى جانبها ثم تآكلتا حتى صارتا واحدة منهما موضحتان يقتص منه .

وفي «السير» وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة - رحمه الله - : فمن ضرب سن رجل عمداً فكسر بعضها وحركت ما بقي فإنه يؤجل سنة ، فإن سقطت أو اسودت فلا قصاص فيه ، وقال أبو يوسف : إن سقطت فيه القصاص .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش**) ش: أي ها هنا لفظ القدوري ، ولم يذكر خلاف أصحابنا عنه ، وقال المصنف : سقط الأرش م: (**في قول أبي حنيفة-رحمه الله-**) ش: وإن كان أخذها ردها ، وبه قال أحمد والشافعي - رحمهما الله - في قول .

م: (**وقالا عليه الأرش كاملاً**) ش: ولا يردها لو أخذها ، وبه قال مالك والشافعي - رحمهما الله - في قول م: (**لأن الجناية قد تحققت**) ش: والعادة عدم العود م: (**والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى**) ش: بخلاف سن الصبي ، فإنها معرضة للنبات ، ولهذا قيل يستأنى في سن الصبي حولاً دون البالغ .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة : م: (**أن الجناية انعدمت معنى**) ش: لأنه عاد مكانها مثل الذي تلفت فلم يجب شيء م: (**فصار كما إذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الأرش بالإجماع**) ش: قيد بالأرش لأنه روى في «مختصر الكرخي» عن أبي يوسف أنه يجب فيه حكومة العدل وفي «الأجناس » عن «المجرد » قال أبو حنيفة : لو نزع سن رجل فنبت نصف السن كان عليه نصف قيمتها م: (**لأنه لم يفت عليه**) ش: أي على المنزوع سنةم: (**منفعة ولا زينة**) .

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله -**) ش: هذا متعلق بقوله : وقالا عليه الأرش كاملاً ، أي روي عن أبي يوسف : م: (**أنه تجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل**) ش: أي يقوم بالألم وبدون الألم فيجب ما انتقص .

قال : ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الأرش بكماله لأن هذا مما لا يعتد به ، إذ العروق لا تعود ، وكذا إذا قطع أذنه فألصقها فالتحمت لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه ، قال : ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الأول ، فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم لأنه تبين أنه استوفى بغير حق ، لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ، ولهذا يستأنى حولاً بالإجماع ، وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للقصاص ، إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق ،

م: (**قال**) ش: أي المصنف : م: (**ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الأرش بكماله**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - في رواية القاضي ، وقال أحمد في رواية : تجب الدية ، وعليه الحكومة لنقصانها م: (**لأن هذا مما لا يعتد به ، إذ العروق لا تعود**) ش: لأن هذا السن يكون في حكم الميت .

قال محمد : إن كانت أكثر من قدر الدرهم لم يجز الصلاة فيها ولم يكن عوضًا عن الفائت ، وقال أبو يوسف : إذا أعادها إلى موضعها يجوز الصلاة فيها ، وفي سن غيره لا يجوز ذلك م: (**وكذا**) ش: أي وكذا يجب الأرش بكماله م: (**إذا قطع أذنه**) ش: أي أذن غيره م: (**فألصقها**) ش: بأن خاطها م: (**فالتحمت**) ش: وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية ، وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية : تجب الحكومة ولا تجب الدية م: (**لأنها**) ش: أي لأن الأذن م: (**لا تعود إلى ما كانت عليه**) ش: وهذا ظاهر .

م: (**قال**) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (**ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الأول ، فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم**) ش: أي المنزوع منه م: (**لأنه تبين أنه استوفى بغير حق**) ش: وبه قال الشافعي في قول أحمد - رحمه الله - في قول هو هبة مبتدأة ، فلا تجب عليه شيء ، فهو قياس قول مالك في « جامع » المحبوبي .

هذا إذا نبت السن المنزوعة كالأول ، فإن نبت معوجًا يجب حكومة العدل م: (**لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ، ولهذا يستأني حولاً**) ش: أي يؤجل سنة لاستثناء الانتظار، يقال استيناء نبته ، أي انتظرته ، ومنه يستأن الجراحات ، أي ينظر ما لها ، وأصله من أنى يأني م: (**بالإجماع**) .

ش: قال الكاكي : قوله « بالإجماع » يخالفه رواية « التتمة » ، فإنه ذكر فيها أن سن البالغ إذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول ، هو الصحيح ؛ لأن نبات سن البالغ نادر فلا يقدر التأجيل إلا أن قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الأرش لأنه لا يدري عاقبته .

م: (**وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للقصاص ، إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق ،**

فاكتفينا بالحول ؛ لأنه تنبت فيه ظاهراً ، فإذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص ، وإذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه ، والاستيفاء كان بغير حق ، إلا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال. قال : ولو ضرب إنسان سن إنسان فتحركت يستأني حولاً ليظهر أثر فعله فلو أجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا في السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيداً ، وهذا بخلاف ما إذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب ؛ لأن الموضحة لا تورث المنقلة .

فاكتفينا **بالحول**) ش: لأنه مشتمل على الفصول الأربعة التي تشمل علي الطباع الأربعة الحرارة والبرودة والرطوبة واليبوسة ، فلعل فصلاً منها وافق طبع المجني عليه فتبرأ جراحته وتلتئم م: (**لأنه تنبت فيه ظاهراً ، فإذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص ، وإذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه والاستيفاء كان لغير حق ، إلا أنه لا يجب القصاص للشبهة**) ش: لأن فعله في الظاهر حين استوفى القصاص كان حقًا فصار ذلك شبهة في سقوط القصاص م: (**فيجب المال**) ش: حينئذ ، وقول الناطفي في «الأجناس » من «نوادر أبي يوسف» رواية ابن سماعة .

قال أبو يوسف : رجل قلع سن رجل فانتظر بها حولاً ، أي انتظر بسن الصغير وقضى عليه بأرشها ، وإلى هذه الرواية قال بعض أصحابنا مثل خواهر زاده وغيره .

وقال الناطفي أيضًا : قال في «المجرد» : ولو قلع سن رجل ينبغي للقاضي أن يأخذ ضمينًا من النازع للمنزوع سنة ، ويؤجل سنة منذ يوم نزع سنه ، فإذا مضت سنة ولم تنبت اقتص له ، وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ وسن الصغير ، بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعًا ، وإليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما .

م: (**قال**) ش: أي المصنف : ذكره على سبيل التفريع وهو مسائل الأصل إلى قوله ومن شج رجلاً فالتحمت : م: (**ولو ضرب إنسان سن إنسان فتحركت يستأني**) ش: أي ينتظر م: (**حولاً ليظهر أثر فعله ، فلو أجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقط سنه فاختلفا**) ش: أي الضارب والمضروب م: (**في السنة فيما سقط بضربه**) ش: فقال الضارب سقطت بضربة غيري ، وقال المجني عليه بضربك م: (**فالقول للمضروب**) ش: وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد م: (**ليكون التأجيل مفيداً**) ش: يعني لو لم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء ، إذا التأجيل لظهور عاقبة الأمر .

م: (**وهذا**) ش: أي وهذا الذي ذكرناه م: (**بخلاف ما إذا شجه موضحة فجاء وقد صارت**) ش: أي الموضحة م: (**منقلة فاختلفا**) ش: أي وقال المشجوج صارت منقلة من ضربك ، وأنكر الضارب م: (**حيث يكون القول قول الضارب ؛ لأن الموضحة لا تورث المنقلة**) ش: لأن الشجة

أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا ، وإن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب ؛ لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذي وقته القاضي لظهور الأثر ، فكان القول للمنكر ، ولو لم تسقط لا شيء على الضارب . وعن أبي يوسف -رحمه الله-: أنه تجب حكومة الألم ، وسنبين الوجهين بعد هذا إن شاء الله تعالى ، ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الأرش في الخطأ على العاقلة ، وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص ؛ لأنه لا يمكنه أن يضربه ضرباً تسود منه ، وكذا إذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا . وكذا لو احمر أو اخضر .

الموضحة بعدما وقعت موضحة لا يكون سببًا لنقلة العظم عادة ، بل يكون ذلك أثر بسبب حادث فلا يبقى الظاهر شاهدًا للمضروب ، فلا يكون القول قوله .

م: (**أما التحريك فيؤثر في السقوط**) ش: أي أما تحريك السن فله تأثير في سقوطه فيكون القول قول المضروب ، وبهذا حصل الفرق بين المسألتين ، أشار إليه بقوله : م: (**فافترقا**) ش: أي الحكم المذكور في المسألة الأولى والحكم المذكور في المسألة الثانية ، وكان القياس أن يكون القول للضارب فيهما ، لأنه منكر ، ولكن في « الاستحسان» فرق بينهما في الوجه الذي ذكره المصنف .

م: (**وإن اختلفا في ذلك**) ش: أي وإن اختلف الضارب والمضروب في سقوط السن م: (**بعد السنة**) ش: فقال المضروب : سقطت بضربك ، وقال الضارب : بل سقطت بأمر حادث م: (**فالقول للضارب ؛ لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذي وقته القاضي لظهور الأثر ، فكان القول للمنكر ، ولو لم تسقط**) ش: يعني إذا تحركت السن ، ولو لم تسقط ولم يحصل فيها عيب كالاسوداد ونحوه م: (**لا شيء على الضارب ، وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه تجب حكومة الالم**) ش: وفي بعض النسخ : وعن أبي حنيفة - رحمه الله- مكان أبي يوسف ، والأول أصح ، لأنه ذكر في «الذخيرة» وغيرها قول أبي يوسف في هذا الموضع م: (**وسنبين الوجهين بعد هذا إن شاء الله تعالى**) ش: والوجهان هما قوله : ولا شيء على الضارب ، وقوله : حكومة الألم والموعود فيما بعد هذا هو قوله : سقط الأرش عند أبي حنيفة . . . إلى آخره .

م: (**ولو لم تسقط**) ش: أي السن م: (**ولكنها اسودت يجب الأرش في الخطأ على العاقلة ، وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص ؛ لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربًا تسود منه ، وكذا إذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص عليه لما ذكرنا**) ش: أراد به قوله لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربًا يسود منه .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا لا قصاص م: (**لو احمر**) ش: أي السن م: (**أو اخضر**) ش: بل يجب الأرش في الخطأ على العاقلة ، وفي العمد في ماله ، وقالت الأئمة الثلاثة يجب الحكومة

ولو اصفر فيه روايتان قال : ومن شج رجلاً فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرش عند أبي حنيفة -رحمه الله-: لزوال الشين الموجب . وقال أبو يوسف -رحمه الله- : يجب عليه أرش الألم وهو حكومة عدل ؛ لأن الشين إن زال فالألم الحاصل ما زال فيجب تقويمه . وقال محمد-رحمه الله -: عليه أجرة الطبيب وثمن الدواء ، لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله ، فصار كأنه أخذ ذلك من ماله ، إلا أن أبا حنيفة -رحمه الله-يقول : إن المنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بعقد أو بشبهة ولم يوجد في حق الجاني . فلا يغرم شيئاً . قال : ومن ضرب رجلاً مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه أرش الضرب ، معناه إذا بقي أثر الضرب

في الاصفرار وفي الاحمرار وفي الاخضرار كذلك عند الشافعي ومالك وأحمد ،وفي رواية عن أحمد يكون كالاسوداد ، م: (ولو اصفر فيه روايتان) ش: روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن فيه الحكومة .

وذكر هاشم عن محمد عن أبي حنيفة قال : لا يجب شيء ، وفي المملوك يجب الحكومة، وقال محمد : ففيها إذا اصفرت حكومة حرًا كان المضروب أو عبدًا ، وقال أبو يوسف أيضًا : فيها حكومة ، وقال أبو يوسف : إن كثرت الصفرة حتى يكون عيبًا كعيب الخضرة والحمرة ففيها بمثلها تامًا، وقال زفر : إذا اصفرت ففيها أرشها تامًا ، الكل ذكره الكرخي - رحمه الله - .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن شج رجلاً فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرش عند أبي حنيفة-رحمه الله- لزوال الشين الموجب ، وقال أبو يوسف -رحمه الله-يجب عليه أرش الألم وهو حكومة عدل؛ لأن الشين) ش: أي لأن الشين الموجب م: (إن زال فالألم الحاصل ما زال ، فيجب تقويمه) .

[. . . . . . .]

م: (وقال محمد عليه أجرة الطبيب لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب وثمن الدواء لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله ، فصار كأنه أخذ ذلك من ماله) ش: أي من مال المجني عليه ، لأنه ألجأه إلى هذا م: (إلا أن أبا حنيفة - رحمه الله - يقول : إن المنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بعقد) ش: أي مطلق الشبهة العقد كالإجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة م: (أو بشبهة) ش: أي بشبهة العقد المطلق كالإجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة م: (ولم يوجد في حق الجاني) ش: عقد ولا شبهة م: (فلا يغرم شيئًا) ش: كما لو لطمه وألهمه .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه أرش الضرب ، معناه إذا بقي أثر الضرب) ش: قال الأترازي : وقع بيانها مكررًا في

فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة . قال : ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط أرش اليد ؛ لأن الجناية من جنس واحد ، والموجب واحد وهو الدية ، وأنها بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قتل ابتداء . قال: ومن جرح رجلاً جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ . وقال الشافعي -رحمه الله-: يقتص منه في الحال اعتباراً بالقصاص في النفس ، وهذا لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : «يستأنى في الجراحات سنة » ؛

«الهداية » ، لأنه استوفى بيانها في فصل قبل الشهادة في القتل ، وأراد بالأرش أرش الضرب وهو حكومة العدل .

قال الصدر الشهيد : هذا إذا بقي أثر الضرب م: (**فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة**) ش: والذي مضى هناك أنه لا يلزمه شيء عند أبي حنيفة - رحمه الله- ويجب أرش الالم عند أبي يوسف وأجرة الطبيب عند محمد ، وإنما قيد بقوله «جرحه» لأنه إذا لم يجرحه في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء**) ش: أي قتله خطأ أيضًا ، لأنه إذا كان القتل عمدًا يؤخذ بالأمرين جميعًا ، وقيد بما قبل البرء ، لأنه بعد البرء يوخذ بالأمرين جميعًا م: (**فعليه الدية وسقط أرش اليد ؛ لأن الجناية من جنس واحد**) ش: لأن الجنايات المتفقة بمنزلة الجناية الواحدة ، لأن كل واحد منها خطأ م: (**والموجب واحد وهو الدية ، وأنها**) ش: أي وأن الدية م: (**بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قتله ابتداء**) ش: فلو قتله ابتداء لم يكن الواجب إلا دية لا غير ، فكذا هذا ، ولا شبهة هنا إذا قطع يده خطأ ثم قتله عمدًا ، لأنهما جنايتان مختلفتان ، واختلاف الجنايتين كاختلاف الجانيين .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن جرح رجلاً جراحة لم يقتص**) ش: من الجارح حتى يبرأ ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم ، م: (**منه حتى يبرأ**) ش: وقال ابن المنذر : كل من يحفظ العلم يرى الانتظار م: (**وقال الشافعي -رحمه الله- يقتص منه في الحال اعتباراً بالقصاص في النفس**) ش: أي قياسًا عليه م: (**وهذا**) ش: أي وجوب القصاص في الحال م: (**لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل**) ش: أي بعد التحقق .

م: (**ولنا قوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي قول النبي ﷺ م: (**« يستأنى في الجراحات سنة»**) ش: هذا أخرجه الدارقطني في «سننه» يزيد عن ابن عياض عن أبي الزبير عن جابر - رضي الله عنه - قال ، قال رسول الله ﷺ **« تقاس الجراحات ثم يستأنى بها سنة ، ثم يقضى فيها بقدر ما**

ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها ؛ لأن حكمها في الحال غير معلوم ، فلعلها تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل ، وإنما يستقر الأمر بالبرء . قال :وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل ، وكل أرش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه الصلاة والسلام :

«لا تعقل العواقل عمداً » الحديث ،

أبهت »[1] قال الدارقطني : يزيد بن عياض ضعيف متروك ، وأخرجه البيهقي عن ابن لهيعة عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً ، وأعله بابن لهيعة[2] ، وقال الأترازي : ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن جابر ، ثم ذكر الحديث الذيّ ذكره المصنف .

قلت : الخصم لا يرضى بهذا وهو يعلم بذلك ، لكنه كان لم يقف على من أخرجه .

م: **(ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها)** ش: أي لا يعتبر حالها م: **(لأن حكمها في الحال غير معلوم ، فلعلها تسري إلى النفس ، فيظهر أنه قتل ، وإنما يستقر الأمر بالبرء)** ش: أو بالسراية ، فإذا استوفينا القصاص في الحال استوفينا ما ليس يستقر فلا يجوز ذلك . وقوله : إن العلة تحققت فلا نسلم ذلك ، لأن الجراحة علة لوجوب القصاص فيما دون النفس بعد البرء أو علة لوجوب القصاص في النفس بعد السراية إلى النفس فلا ينعقد علة لأحد الأمرين قبل أن يظهر الحال أنه قيل لم يقطع ، فينبغي أن ينتظر ليعلم الواجب فيه .

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل ، وكل أرش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه الصلاة والسلام)** ش: أي لقول النبي ﷺ م: **(لا تعقل العواقل عمداً ، الحديث)** ش: هذا الحديث غريب مرفوع . وأخرجه البيهقي عن الشعبي عن عمر - رضي الله تعالى عنه- **قال** : العمد والعبد والصلح والاعتراف لا تفعله العاقلة . وأخرجه أبو عبيد القاسم بن سلام في آخر كتابه «غريب الحديث » كذلك من قول الشعبي[3] .

واختلفوا في تأويل العبد فقال محمد بن الحسن الشيباني : معناه أن يقتل العبد حراً فليس على عاقلة مولاه شيء من جنايته ، وإنما هي في رقبته ، وقال ابن أبي ليلى : معناه أن يكون العبد مجني عليه فيقتله حر أو جرحه فليس على عاقلة الجاني إنما عنه في ماله خاصة م: **(الحديث)** ش: أي الحديث بتمامه ، وأقر الحديث . . . إلى آخره ، وتمامه لا تفعل العواقل عمداً ولا عبداً

---

(١) رواه الدارقطني في الحدود (صـ٣٢٦) عن يزيد بن عياض عن أبي الزبير عن جابر .

(٢) البيهقي (٨/ ٦٧) .

(٣) أخرجه البيهقي (٨/ ١٠٤) عن الشعبي عن عمر ، موقوفاً . ثم قال : وهذا منقطع ، والمحفوظ أنه من قول الشعبي ، ثم أخرجه عن الشعبي من قوله .

وهذا عمد غير أن الأول يجب في ثلاث سنين ؛ لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبه العمد ، والثاني يجب حالاً ؛ لأنه مال وجب بالعقد فأشبه الثمن في البيع . قال :وإذا قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين ، وقال الشافعي -رحمه الله- تجب حالة ؛ لأن الأصل : أن ما يجب بالإتلاف يجب حالاً ، والتأجيل للتخفيف في الخاطئ ، وهذا عامد فلا يستحقه ، ولأن المال وجب جبراً لحقه . وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل .ولنا أنه مال واجب بالقتل ، فيكون مؤجلاً كدية الخطأ وشبه العمد ، وهذا لأن القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل ،

ولا صلحاً ولا اعترافاً م: (**وهذا عمد**) ش: أشار به إلى قوله : أو كل عمد سقط فيه القصاص . . . إلى آخره .

م: (**غير أن الأول**) ش: أراد به دية العمد الذي سقط القصاص فيه شبهة م: (**يجب في ثلاث سنين ، لأنه مال وجب بالقتل ابتداء**) ش: يعني لا يفعل يحدث بعد القتل كالصلح م: (**فأشبه شبه العمد ، والثاني**) ش: أي الأرش الواجب بالصلح م: (**يجب حالاً ؛ لأنه مال وجب بالعقد**) ش: أي بالصلح فأشبه الثمن في البيع .

فإن شرط فيه أجل كان مؤجلاً ، وإن لم يشترط كان حالاً م: (**فأشبه الثمن في البيع**) ش: فإن شرط فيه أجل كان مؤجلاً وإن لم يشترط كان حالاً . والحاصل أن كل ذلك في مال العاقل في الوجهين ، غير أن في الأول مؤجل في ثلاث سنين وفي الثاني حال في مال العاقل أيضاً .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين ، وقال الشافعي-رحمه الله-: تجب حالة**) ش: وبه قال مالك وأحمد م: (**لأن الأصل أن ما يجب بالإتلاف يجب حالاً ، والتأجيل للتخفيف في الخاطئ ، وهذا عامد فلا يستحقه**) ش: أي فلا يستحق التخفيف م: (**ولأن المال**) ش: دليل آخر للشافعي ، أي ولأن المال فيما ذكر م: (**وجب جبراً لحقه**) ش: أي لحق المقتول الجبر إن لم يسمع ، بل المسموع الجبر .

قال الجوهري : الجبر أن يبني الرجل من نقر أو يصلح عظمها من كسر وقال جبرت العظم جبراً وجبر العظم بنفسه جبوراً ، أي يجبر م: (**وحقه**) ش: أي وحق المقتول م: (**في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل**) ش: أي فلا ينجبر الحال بالمؤجل لعدم المماثلة .

م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن المال الذي وجب بقتل الأب ابنه م: (**مال واجب بالقتل**) ش: أي بنفسه اختل ابتداء م: (**فيكون مؤجلاً كدية الخطأ وشبه العمد**) ش: حيث يجب مؤجلاً م: (**وهذا**) ش: يشير به إلى بيان هذا بقوله م: (**لأن القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل**) ش: أي

والتقوم ثبت بالشـرع ، وقد ورد به مؤجلاً لا معـجلاً ، فلا يعدل عنه لا سـيما إلى زيادة ، ولما لم يجز التغليظ باعـتبار العمدية قدراً لا يجـوز وصفاً . وكل جناية اعترف بها الجـاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا . ولأن الإقـرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غـيره فلا يظهر في حق العاقلة . قال : وعمد الصبـي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة ، وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعداً ، والمعتوه كالمجنون .

الآدمي والمال م: **(والتقوم ثبت بالشرع ، وقد ورد به مؤجلاً لا معجلاً ، فلا يعدل عنه لا سيما إلى زيادة)** ش: حيث سقط القصاص بشبهة الأبوة ، وليس في الإسلام دم هدر ، والمال إن وجب ابتداء وجب من حيث الوصف في المالية م: **(ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدراً)** ش: أي من حيث القدر م: **(لا يجوز وصفاً)** ش: أي من حيث الوصف .

بيانه : لم يجز العدول في التغليظ بزيادة القدر بأن يزاد على مائة بعير ، فكذلك لا يجوز العدول فيه بزيادة الوصف وهو صفة الحلول ، لأن وجوب المال بخلاف القياس ، فيقتصر على ما ورد الشـرع به وهو التـأجـيل ، ثم اعلم أنه لا يجب القـصـاص على الأب لا يجب أيضاً على الأجداد والجدات في قتل الولد وجرحه ، ولكن تجب الدية عليهم في مالهم في ثلاث سنين ، وفي الخطأ الدية على العاقلة وعلى القاتل الكفارة ، كذا ذكره الحاكم الشهيد في« الكافي» .

م: **(وكل جناية اعـترف بهـا الجاني فهي فـي ماله)** ش: أراد بقـوله : « كل جناية » مـا يـوجب الدية ، لأنه إذا اعـترف العـمـد يقتص به إذا لم يكن ثـمة مـا يمنع القـصـاص م: **(ولا يصـدق على عاقلته)** ش: لأنه يصدق على نفسه غيره معترف على عاقلته ، فإذا لم يصدق عليهم بقيت الدية في ذمته كما كانت ، وتكون مؤجلة يؤدي عنه انقضاء كل سنة ثلثها ، لأنه مال يؤجل بالحول كـالدين يؤجل والزكـاة م: **(لما روينا)** ش: أشـار به إلى قـوله ﷺ : **«لا يعقل العاقلة عـمداً ...»** الحديث . وفيه : ولا اعترافاً .

م: **(ولأن الإقرار لا يتعدى المقر)** ش: لأنه حجة قاصرة م: **(لقصور ولايته عن غـيره فلا يظهر في حق العاقلة)** ش: لعدم ما يجاوزه عنه .

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(وعمد الصبي والمجنون خطأ وفـيه الدية على العاقلة ، وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعداً)** ش: وهو منصوب على الحال والحال محذوف ، تقديره : ولو زاد خمسمائة حال كونه الزائد فصاعداً م: **(والمعتـوه كـالمجنون)** ش: أي حكمهـمـا واحـد . وفي «المغرب» : المعتوه الناقص العاقل ، وقيل : المدهوش من غير جنون ، وقرئ عتاهية وعتاهية وعتهًا .

وقال الشافعي -رحمه الله-: عمده عمد حتى تجب الدية في ماله حالة ؛ لأنه عمد حقيقة ، إذ العمد هو القصد ، غير أنه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص ، فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ، ولهذا تجب الكفارة به ويحرم من الميراث على أصله ؛ لأنهما يتعلقان بالقتل . ولنا ما روي عن علي -رضي الله عنه -: أنه جعل عقل المجنون على عاقلته ، وقال : عمده وخطؤه سواء ، ولأن الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أعذر أولى بهذا التخفيف ، ولا نسلم تحقق العمدية فإنها تترتب على العلم ، والعلم بالعقل ، والمجنون عديم العقل ، والصبي قاصر العقل ، فأنى يتحقق منهما القصد ، وصار كالنائم . وحرمان الميراث .

م: (**وقال الشافعي -رحمه الله-: عمده**) ش: أي عمد كل واحد من الصبي والمجنون والمعتوه م: (**عمد حتى تجب الدية في ماله حالة ؛ لأنه عمد حقيقة ، إذ العمد هو القصد**) ش: أي لأن العمد في اللغة القصد ، فمن تحقق منه الخطأ ويتحقق منه القصد وقصده معتبر شرعاً في الجملة ، ولهذا يؤدب ويعذر م: (**غير أنه تخلف عنه أحد حكميه**) ش: أي أحد حكمي القتل وهما القصاص ووجوب المال م: (**وهو القصاص ، فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ، و لهذا**) ش: أي ولأجل ذلك م: (**تجب الكفارة به**) ش: أي بالمال ، قيد به لأنه يجب الصوم بالإجماع ، ووجوب الكفارة على الصبي والمجنون على أصل الشافعي -رحمه الله- ، وكذلك م: (**ويحرم من الميراث على أصله**) ش: أي على أصل الشافعي -رحمه الله- م: (**لأنهما**) ش: أي لأن وجوب الكفارة بالمال والحرمان من الميراث م: (**يتعلقان بالقتل**) ش: ومذهب مالك وأحمد كمذهبنا ، وفي قول للشافعي أيضاً كقولنا .

م: (**ولنا ما روي عن علي -رضي الله عنه- أنه جعل عقل المجنون على عاقلته ، وقال : عمده وخطؤه سواء**) ش: هذا أخرجه البيهقي ، قال : روي أن مجنوناً سعى على رجل بسيف وضربه فبلغ ذلك إلى علي -رضي الله تعالى عنه- فجعل عقله على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء م: (**ولأن الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أعذر**) ش: أي والحال أن الصبي أقوى عذراً م: (**أولى بهذا التخفيف ولا نسلم**) ش:

جواب عن قول الشافعي -رحمه الله- : لأنه عمداً حقيقة ، أي يمنع م: (**تحقق العمدية فإنها**) ش: أي فالعمدية م: (**تترتب على العلم ، والعلم بالعقل ، والمجنون عديم العقل ، والصبي قاصر العقل ، فأنى يتحقق منهما القصد**) ش: أي من أين يتحقق من المجنون والصبي القصد م: (**وصار كالنائم**) ش: الذي يرفع عنه القلم ما دام نائماً .

م: (**وحرمان الميراث**) ش: جواب عن قوله : ويحرم الميراث ، بيانه : أن حرمان الميراث من

عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمهـا ستارة ولا ذنب تستره لأنهما مرفوعاً عنهما القلم .

مورثهما م: (**عقوبة**) ش: أي للصبي والمجنون م: (**وهما ليسا من أهل العقوبة**) ش: فلا يحرمان م: (**والكفارة**) ش: جواب عن قوله والكفارة به، بيانه: أن الكفارة م: (**كاسمها ستارة**) ش: لأنها مشتقة من الكفر وهو الستر م: (**ولا ذنب تستره**) ش: أي ولا ذنب لهما حتى تسترهما الكفارة م: (**لأنهما مرفوعاً عنهما القلم**) ش: لقوله ﷺ «**رفع القلم عن ثلاث ...**» الحديث [(١)] .

***

(١) صحيح : تقدم تخريجه .

فصل في الجنين

قال : وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً فـفيه غرة وهي نصف عشر الدية . قال -رضي الله عنه-: معناه ديـة الرجل ، وهذا في الذكر ، وفي الأنثى عشـر دية المرأة ، وكل منهمـا خمسـمائة درهم ، والقياس : أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته ، والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ،

م: (فصل في الجنين)

ش: أي هذا فصل في أحكام الجنين هو على وزن فعيل بمعنى مفعول مجنون ، أي مستور من جنه إذا ستره من باب طلب ، والجنين اسم الولد في بطن الأم ما دام فيه ، والجمع أجنة ، فإذا ولد يسمى ولداً ثم رضيعاً ، إلى غير ذلك على ما عرف في موضعه ، ولما ذكر أحكام القتل المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيانها في الآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين .

وقال السرخسي: الجنين ما دام في بطن أمه ليست له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الأم، ولكنه منفرد بالحياة بعد ليكون نفساً له ذمة ، فباعتبار هذا الوجه يكون أهلاً لوجوب الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية ولا اعتبار للوجه الأول يكون أصلاً لوجوب الحق عليه ، فأما بعدما يولد فله ذمة صالحة ، ولهذا لو انقلب على مال إنسان فأتلفه كان ضامناً له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي عليه .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وإذا ضرب بطن امرأة فـألقت جنيناً ميتاً : ففيه غرة وهي نصف عشر الدية) ش: إلى هنا لفظ القدوري .

م: (قال -رضي الله عنه-: معناه دية الرجل ، وهذا في الذكر) ش: أي في الجنين الذكر م: (وفي الأنثى عشر ديـة المرأة ، وكل منهما خمسمائة درهم) ش: لأن كل واحد من نصف عشـر دية الرجل ومن عشر دية المرأة خمسمائة درهم أو بغرة بضم الغين المعجمة وتشديد الراء وهو خيار المال كالفرس والبعير النجيب والعبد والأمة الفارهة ، كذا في «المغرب» . وفي «مبسوط شيخ الإسلام»: سمي بدل الجنين غرة لأن الواجب عبد والعبد يسمى غرة . وقيل : لأنه أول مقدار ظهر في باب الدية ، وغرة الشيء أوله كما سمي أول الشهر غرة ، وسمي وجه الإنسان غرة لأن أول شيء يظهر منه الوجه .

م: (والقياس أن لا يجب شيء) ش: أي في الجنين م: (لأنه لم يتيقن بحياته) ش: لأنه يحتمل أنه مات في بطن أمه بفعله ، ويحتمل أنه كان ميتاً قبل ذلك فلا يجب الضمان بالشك ، ولهذا لا يجب شيء في أجنة البهائم ، ألا ترى أنه من ضرب شاة فزلقت جنيناً ميتاً كان عليه نقصانها ولا شيء عليـه في الجنين م: (والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) ش: هذا جواب عما يقال :

وجه الاستحسان : ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام قال:« في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة » ويروى «أو خمسمائة » فتركنا القياس بالأثر ، وهو حجة على من قدرهما بستمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا إذا كانت

الظاهر أنه حي أو معد للحياة ، فأجاب بقوله : والظاهر لا يصلح أن يكون حجة لاستحقاق شيء كما في جنين البهيمة كما ذكره ، يعني لا يصلح حجة للإلزام على الغير ، وإنما قيد به لأن الظاهر يعتبر إذا لم يكن فيه إلزام الغير كما في رضيع أحد أبويه مسلم أعتقه عن كفارة القتل ، فأجاب : لأن الظاهر به سلامة الأعضاء من ذلك في أول كتاب الديات ، وبالقياس قال زفر ، ذكره في« الذخيرة » .

م: (**وجه الاستحسان ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : «في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة»**) ش: هذا غريب م: (**ويروى أو خمسمائة**) ش: هذا رواه الطبراني في «معجمه» من حديث أبي المليح عن أبيه مطولاً وفيه: غرة عبد أو أمة أو خمسمائة [١] . والحديث في «الصحيحين » عن أبي بكر –رضي الله عنه - : أن النبي ﷺ قضى في جنين امرأة من بني لحيان بغرة عبد أو أمة وليس فيه ذكر الخمسمائة . وروى محمد بن الحسن في« موطئه» عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن رسول الله ﷺ : قضى في الجنين يقتل في بطن أمه بغرة عبد أو وليدة ، فقال الذي قضى عليه : كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا استهل ومثل ذلك بطل ؟! فقال رسول الله ﷺ : « إنما هذا من إخوان الكهان »[٢] ، قوله : غرة عبد أو أمة بالرفع ، لأنه صفة الغرة وتغيرها ، ويروى بالإضافة ، والأول أحسن م: (**فتركنا القياس بالأثر**) ش: أي بالحديث من النبي ﷺ وبالأثر من غيره .

وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» حدثنا إسماعيل بن عياش عن زيد بن أسلم : أن عمر بن الخطاب –رضي الله عنه- قوّم الغرة خمسمائة دينار . وأخرج أبو داود في «سننه » عن إبراهيم النخعي –رضي الله تعالى عنه- قال : الغرة خمسمائة ، يعني درهمًا .

م: (**وهو**) ش: أي الحديث المذكور م: (**حجة على من قدرهما**) ش: عشر الدية لا اختلاف فيه بيننا وبينهم في ذلك بحسب الاختلاف في الدية ، فعندهم أن الدية اثنا عشر ألفاً ، فالغرة م: (**بستمائة نحو مالك والشافعي**) ش: عندنا عشرة آلاف بغرة خمسمائة .

م: (**وهي**) ش: أي الغرة م: (**على العاقلة**) ش: أي على عاقلة الضارب م: (**عندنا إذا كانت**

---

(١) أورد الزيلعي إسناد الطبراني قال: حدثنا علي بن عبد الغزيز ثنا عثمان بن سعيد المربي ، ثنا المنهال بن خليفة عن سلمة بن تمام عن أبي المليح الهذلي عن أبيه ، مرفوعاً ، وفيه المنهال بن خليفة العجلي وهو ضعيف .

(٢) رواه مالك في «الموطأ » « باب دية الجنين »(صـ٢٣١) ، (٦٧٤) ، من رواية محمد بن الحسن .

خمسمائة درهم . وقال مالك تجب في ماله لأنه بدل الجزء . ولنا : «أنه عليه الصلاة والسلام : قضى بالغرة على العاقلة » ، ولأنه بدل النفس ، ولهذا سماه عليه الصلاة والسلام دية ، حيث قال: « دوه » ، وقالوا : أندي من لا صاح ولا استهل » . الحديث

خمسمائة درهم) ش: يحترز به عن جنين الأمة إذا كان لا يبلغ خمسمائة ، ولكن هذا لا يصلح لأنها تجب في جنين الأمة في مال الضارب ، ذكره في « الإيضاح »و«الذخيرة» وغيرهما .

وقال الأترازي : وقوله إذا كان خمسمائة كأنه سهو القلم ، وينبغي أن يكون إذ بسكون الذال بلا ألف بعدها ، يعني أنها إنما تجب على العاقلة ، لأنها مقدرة بخمسمائة ، والعاقلة تعقل بخمسمائة ولا تعقل ما دونها ، ثم قال : ويكلف بعضهم في توجيه ذلك ، « قال : إنه احتراز عن جنين الأمة إذا لم يبلغ خمسمائة فذاك ليس بشيء ، لأن ما يجب في جنين الأمة فهو في مال الضارب حالاً ولا تتحمله العاقلة ، وبه صرح الكرخي في «مختصره » وقال الكرخي أيضاً : ولا كفارة على الضارب والغرة ورثة الجنين ولا يرث الضارب منها شيئاً إن كان من ورثة الجنين ، ونقل الأكمل كلام الاثنين في« شرحه» م: **(وقال مالك تجب)** ش: أي الغرة م: **(في ماله لأنه بدل الجزء)** ش: أي الجزء الآدمي ، فصار كقطع أصبع من أصابعه .

م: **(ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على العاقلة)** ش: أي النبي ﷺ حكم بوجوب الغرة على عاقلة الضارب ، رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» من حديث الشعبي عن جابر-رضي الله عنه- أن النبي ﷺ جعل الجنين غرة على عاقلة القاتل [1] ، م: **(ولأنه بدل النفس)** ش: أي ، ولأن الغرة بدل النفس ، وذكر الضمير باعتبار المذكور م: **(ولهذا)** ش: أي ولكونه بدل النفس م: **(سماه عليه الصلاة والسلام ، دية حيث قال : «دوه»)** ش: أي أدوا ديته ، وهو أمر للجماعة ، وأصله ارديوه ، لأنه من راده يدية إذا أدى ديته ، وأصل بديه يوديه ، فحذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة كما حذف في يعد ، أصله يوعد حذفت منه الواو ، ولذلك حذفت من الأمر تبعاً لفعله ، فلما حذفت استغنت عن الهمزة ، فحذفت منها فصار دون على وزن غرة .

م: **(وقالوا: أندي)** ش: أي قال الذي أمره النبي ﷺ بالدية أندي م: **(من لا صاح ولا استهل... الحديث)** ش: أي أقر الحديث بتمامه ، وتمامه ما رواه الطبراني في «معجمه» : حدثنا محمد بن عبد الله الحضرمي حدثنا محمد بن أبي عبد الله بن ليلى حدثني ابن أبي ليلى عن الحكم عن

---

(١) أورد الزيلعي إسناد ابن أبي شيبة قال : حدثنا يونس بن محمد ثنا عبد الواحد بن زياد ، عن مجالد عن الشعبي عن جابر ، مرفوعاً . وكذلك رواه الدارقطني في « الحدود والجنايات » (صـ٣٧١).
قلت : وفيه مجالد بن سعيد وهو ضعيف .

إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة . وقال الشافعي -رحمه الله-: في ثلاث سنين لأنه بدل النفس ، ولهذا يكون موروثاً بين ورثته . ولنا ما روي عن محمد بن الحسن- رحمه الله-أنه قال : بلغنا أن رسول الله عليه الصلاة والسلام جعل على العاقلة في سنة . ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه نفس

مجاهد عن حمل بن مالك بن النابغة الهذلي : أنه كانت عنده امرأة فتزوج عليها أخرى فتغايرتا ، فضربت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط فطرحت ولداً ميتاً ، فقال لهم رسول الله ﷺ : «دوه» ، فجاء وليها فقال : أندِيّ من لا شرب ولا أكل ولا استهل ، فمثل ذلك بطل ، فقال : « رجز الأعراب ؛ نعم دوه ، فيه غرة عبد أو أمة أو وليدة» [1] ، انتهى . وحمل بفتح الحاء المهملة وبفتح الميم واللام اسم إحدى المرأتين : مليكة ، والأخرى : أم غطيف ، وقال أبو موسى المدني الحافظ في كتاب «الأمالي» في باب الغين المعجمة : أم غطيف الهذلية هي التي ضربتها أم مليكة فأسقطت .

م: **(إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة)** ش: قال الأترازي : هذا يتعلق بقوله : «وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة » ، وكأنه يقول إذا كانت الغرة أقل من خمسمائة درهم لا تعقل العاقلة كما في جنين الأمة ، وقال الأكمل : قوله : «إلا أن العواقل » جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة ، وأنتم قيدتم بقولكم : «إذا كان خمسمائة درهم » ، وقد علمتم ما يرد عليه من النظر ، انتهى .

قلت : أراد به ما نقلناه عن الكاكي وعن الأترازي : أنها م: **(وتجب في سنة)** ش: أي تجب الغرة على العاقلة في سنته .

م: **(وقال الشافعي -رحمه الله-: في ثلاث سنين)** ش: أي تجب في ثلاث سنين .

فإن قلت : ذكر في «وجيزهم» : أن غرة الجنين تجب في سنته كمذهبنا . وأجيب بأنه يحتمل أن يكون عن الشافعي -رحمه الله- **روايتان فليتأمل** م: **(لأنه)** ش: أي لأن الغرة م: **(بدل النفس)** ش: أي نفس الجنين ، وما وجب في قتل النفس مؤجل إلى ثلاث سنين م: **(ولهذا)** ش: أي ولكونها بدل النفس م: **(يكون موروثاً بين ورثته)** ش: أي ورثة الجنين سوى الضارب .

م: **(ولنا ما روى عن محمد بن الحسن -رحمه الله-أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه الصلاة والسلام جعل على العاقلة في سنة)** ش: هذا غريب م: **(ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه نفس**

---

(١) إسناد الطبراني هكذا : حدثنا محمد بن عبد الله الحضرمي حدثنا محمد بن عبد الله أبي ليلى حدثنا ابن أبي ليلى عن الحكم عن مجاهد عن حمل بن مالك بن النابغة الهذلي ، وفيه محمد بن أبي ليلى وهو ضعيف .

على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم ، فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث ، وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة ؛ لأنه بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أو أكثر من نصف العشر يجب في سنة، بخلاف أجزاء الدية ؛ لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين . ويستوي فيه الذكر والأنثى لإطلاق ما روينا ، ولأن في الحيين إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ، ولا تفاوت في الجنينين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة ،

على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم) ش: حاصل الكلام : أن الجنين له شبهان بالنفس وبالعضو من حيث إنه حي بحياة ونفسه نفس على حدة ، ومن حيث إنه متصل بالأم فهو كعضو من أعضائها م: (**فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث ، وبالثاني)** ش: أي وعملنا بالشبه الثاني م: (**في حق التأجيل إلى سنة ؛ لأنه بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أو أكثر من نصف العشر يجب في سنة)** ش: أي تجب الغرة في سنة واحدة ، وقوله : بدون الواو العاطفة في أوله هو الصحيح من النسخ ، وفي بعضها أو أكثر وكلاهما غير صحيح ، لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر ، وإنما يكون إذا كان أكثر صفة لأقل أو بدلاً منه .

وقال الأكمل : وهل العطف بالواو يقيد ذلك أيضاً ؟ ، ولكن لم يبين وجهه . وقال الأترازي : ولنا التقييد بالأكثر فيه نظر ، لأنه إذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كانت قدر نصف عشر الدية تجب في سنة ، وكان ينبغي أن يقول: إذا كان بدل العضو نصف عشر الدية ، أي ثلثها تجب في سنة .

م: (**بخلاف أجزاء الدية ؛ لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين)** ش: صورته : أن يشترك عشرون رجلاً في قتل رجل خطأ ، فإنه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلاث سنين م: (**ويستوي فيه)** ش: أي في وجوب قدر الغرة م: (**الذكر والأنثى)** ش: ولا يفضل الذكر على الأنثى في إيجاب الغرة م: (**لإطلاق ما روينا)** ش: وهو قوله ﷺ «**في الجنين غرة عبد أو أمة**» ، وبه قال الشافعي وأحمد وعامة أهل العلم .

م: (**ولأن في الحيين)** ش: هذا دليل معقول على التساوي بين الذكر والأنثى في الغرة ، وقوله : «الحيين» بالحاء المهملة تثنية حي و إرادتهما للذكرين المنفصلين الحيين أو أحدهما ذكر والأخرى أنثى م: (**إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية)** ش: بأن كان دية الذكر ألف دينار، ودية الأنثى خمسمائة دينار م: (**ولا تفاوت في الجنينين)** ش: تثنية جنين بالجيم ومالكية التصرفات والشهادة وغيرها في الذكر ولا وجود هذا في الجنين حتى يتصور فيه معنى التفضيل ، فينبغي وصف الآدمية فحسب ، فإذا كان كذلك م: (**فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة)** ش: لأنهما سواء في وصف الآدمية فقط به .

فإن ألقت حياً ثـم مات ففيه دية كاملة ؛ لأنه أتلف حياً بالضرب السابق وإن ألقته ميتاً ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها وقد صح: « أنه عليه الصلاة والسلام قضى في هذا بالدية والغرة ». وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حياً ثم مات فعليه دية في الأم وديه في الجنين ؛ لأنه قاتل شخصين . وإن ماتت ثم ألقت ميتاً فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين . وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين ؛ لأن الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتاً وهي

قال أي القدوري : م: **(فإن ألقت حياً ثم مات ففيه دية كاملة لأنه)** ش: أي لأن الضارب م: **(أتلف حياً بالضرب السابق)** ش: ولا خلاف لأهل العلم فيه ، قاله ابن المنذر ، ولكنهم اختلفوا في هذه المسألة في ثلاث فصول ، أحدها أنه أثبتت جناية بكل أمارة تدل عليها من الاستهلال والإرضاع أو النفس أو العطاس أو غيره ، وهو قولنا وقول الشافعي واحد .

وقال مالك وأحمد في رواية والزهري وقتادة وإسحاق : ولا يثبت له حكم الحياة إلا بالاستهلال وهو الصياح وهو قول ابن عباس والحسن بن علي وجابر وعمر في رواية عنه للشافعي .

وقال أحمد والمزني : لو كان سقوطه لستة أشهر فصاعداً تجب الدية الثالثة ، قال أحمد إنما تجب دية إذا علم موته بسبب الضربة لسقوطه في الحال وبقائه سالماً إلى أن يموت أو بقاء أمه متألمة إلى أن تسقطه .

م: **(وإن ألقته ميتاً ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها)** ش: هذا أيضاً من القدوري م: **(وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام قضى في هذا بالدية والغرة)** ش: لم يذكر أحد من الشراح هذا الحديث ، حتى قال المخرج : نظرت في الكتب الستة فلم أجد بهذا المعنى ، والذي فيها : عن أبي هريرة -رضي الله عنه- : «أن النبي ﷺ قضى في جنين امرأة من بن لحيان بغرة عبد أو أمة ، ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة توفيت ، فقضى رسول الله ﷺ أن ميراثها لها ولزوجها ، وأن العقل على عصمتها » .

م: **(وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيًا ثم مات فعليه دية في الأم ودية في الجنين)** ش: ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري م: **(لأنه قاتل شخصين)** ش: وذلك لأنه لما انفصل عنها حياً اعتبر حكمه بنفسه بدلالة أنه يجب فيه أرش كامل فصار قاتلاً للاثنين ، م: **(وإن ماتت ثم ألقت ميتاً فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين)** ش: هذا لفظ القدوري ، وبه قال مالك .

م: **(وقال الشافعي -رحمه الله- : تجب الغرة في الجنين)** ش: وبه قال أحمد -رحمه الله- ، م: **(لأن الظاهر موته)** ش: أي موت الجنين م: **(بالضرب فصار كما إذا ألقته)** ش: حال كونه م: **(ميتاً وهي**

حية . ولنا أن موت الأم أحد سببي موته ؛ لأنه يختنق بموتها ، إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك . قال : وما يجب في الجنين موروث عنه لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب ، حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل. قال : وفي جنين الأمة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى . وقال الشافعي -رحمه الله- : فيه عشر قيمة الأم ؛ لأنه جزء من وجه ، وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل .

حية) ش: أي والحال أن الأم بالحياة .

م: (ولنا أن موت الأم أحد سببي موته) ش: أي موت الجنين ، والسبب الآخر الضرب م: (لأنه يختنق بموتها ، إذ تنفسه بتنفسها) ش: فيتمكن الاشتباه م: (فلا يجب الضمان بالشك) ش: في سبب هلاكه حين الانفصال ، وقال تاج الشريعة :

فإن قلت : عموم قوله ﷺ : « غرة عبد أو أمة» يتناول المتنازع فيه . قلت : لا بد من اضماره كأنه قال في إتلاف الجنين والشك وقع في ذلك م: (قال) ش: أي القدوري م: (وما يجب في الجنين موروث عنه) ش: يعني غرة الجنين بين ورثته . وقال الليث : غرة الجنين لأم الجنين م: (لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب ، حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتًا فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها) ش: أي ولا يرث الأب من الغرة م: (لأنه قاتل بغير حق مباشرة) ش: أي من حيث المباشرة لا من حيث التسبب م: (ولا ميراث للقاتل) ش: بالنص.

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وفي جنين الأمة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى) ش: بيانه : أنه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتًا على لونه . وهيئته : لو كان حيًا ينظر كم قيمته بهذا المكان ، فإذا ظهر فيعد هذا إذا كان ذكراً أوجب نصف عشر قيمته . وإن كان أنثى وجب عشر قيمته ، ولو لم يعلم ذكورة الجنين ولا أنوثته يوخذ بالمتيقن كالخنثى المشكل كمن قتل عمداً خطأ والمقتول خنثى مشكل فإنه يجب المتيقن ، كذا ها هنا .

ولو ضاع الجنين ولا يمكننا تقويمه باعتبار لونه وهيئته لو كان حياً ووقع التنازع في قيمته كان القول للضارب ، لأنه منكر للزيادة كما لو قتل عبداً خطأ ووقع في قيمته التنازع وعجز القاضي عن تقويمه باعتبار حاله وهيئته لو كان حيًا كان ا القول للقاتل مع اليمين ، كذا هنا ، الكل من «الذخيرة » .

م: (وقال الشافعي -رحمه الله- : فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجه ، وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل) ش: لأنه جنين مات بالجناية في بطن الأم فلم يختلف ضمانه بالذكورة

ولنا أنه بدل نفسه ؛ لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين ، فكان بدل نفسه فيقدر بها . وقال أبو يوسف -رحمه الله-: يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتباراً بجنين البهائم ، وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكره إن شاء الله تعالى فصح الاعتبار على أصله . قال : فإن ضربت

والأنوثة كجنين الحرة لإطلاق النصوص ، وبه قال مالك وأحمد وابن المنذر ، وهو قول الحسن والنخعي والزهري وقتادة وإسحاق . وعن بعض أصحاب الشافعي : يعتبر قيمته يوم أسقطت .

م: (**ولنا أنه بدل نفسه**) ش: أي أن الغرة بدل نفس الجنين ، ويذكر الضمير على معنى وجوب الغرة م: (**لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان**) ش: حتى لو قطع سناً ثم نبت مكانه أخرى لم يجب شيء م: (**ولا معتبر به**) ش: أي بظهور النقصان في الأم م: (**في ضمان الجنين ، فكان**) ش: أي ضمان الجنين م: (**بدل نفسه فيقدر بها**) ش: أي بقيمة نفس الجنين ولا بقيمة الأم ، لأن وجوبه باعتبار معنى النفسية الخبرية .

م: (**وقال أبو يوسف -رحمه الله-: يجب ضمان النقصان**) ش: أي ضمان نقصان الأم م: (**لو انتقصت الأم اعتباراً بجنين البهائم**) ش: أي قياساً على جنين البهائم ، فإن النقصان يجب فيها بلا خلاف لأحد ، هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف ، قال في «المبسوط» : ثم وجوب البدن في وجوب الأمة قول أبي حنيفة ومحمد ، وهو ظاهر من قول أبي يوسف . وعن أبي يوسف في رواية أنه لا يجب القصاص في الأم إن تمكن فيها نقص ، وإن لم يتمكن لا يجب شيء كما في البهيمة .

م: (**وهذا**) ش: أي هذا الخلاف م: (**لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده**) ش: أي عند أبي يوسف -رحمه الله- ، وعندهما ضمان الجنايات م: (**على ما نذكره إن شاء الله تعالى**) ش: أشار به إلى ما ذكره في باب : جنايات المملوك في أول الفصل الذي بعده في مسألة قتل العبد خطر بقوله لها إن الضمان بدل المالية .

وقال الكاكي : وهذا بناء على اختلافهم في ضمان الجناية على المماليك ، فعند أبي يوسف هو بمنزلة ضمان المال حتى يجب بالغاً ما بلغ ، وعندهما بدل النفس . ولهذا لا يزاد على مقدار المالية ، كذا في المبسوط م: (**فصح الاعتبار على أصله**) ش: أي صح اعتبار البهائم على أصل أبي يوسف .

م: (**قال**) ش: أي محمد في « الجامع الصغير» م: (**فإن ضربت**) ش: أي فإن ضرب بطن أمة .

فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حياً ثم مات ففيه قيمته حياً ، ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق لأنه قتله بالضرب السابق ، وقد كان في حالة الرق ، فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حياً، لأنه بالضرب صار قاتلاً إياه وهو حي ، فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف . وقيل: هذا عندهما ، وعند محمد -رحمه الله- : تجب قيمته ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب ، لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك بعد إن شاء الله تعالى . قال : ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي-رحمه الله-: تجب لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطاً. ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ،

وفي بعض النسخ : فإن ضربت بصيغة المجهول ، أي الأمة . وكذا في نسخة شيخنا العلاء-رحمه الله- م: (**فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حياً ثم مات ففيه قيمته حياً ، ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق لأنه قتله بالضرب السابق ، وقد كان في حالة الرق ، فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حياً ، لأنه بالضرب صار قاتلاً إياه وهو حي ، فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف**) ش: يعني أوجبنا القيمة دون الدية اعتباراً لحالة الضرب ، وأوجبنا قيمته حياً لا مشكوكاً في حياته اعتباراً بحالة التلف ، ولا يقال : إن هذا اعتبار بحالة الضرب فحسب، لأن الواجب في تلك الحال قيمته حياً أيضاً ، لأن نقول جاز أن يكون حياً فلا يجب قيمته حياً هناك ، بل تجب الغرة .

م: (**وقيل : هذا عندهما**) ش: يعني قول محمد في «الجامع الصغير »: ضمنه قيمته حيًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف م: (**وعند محمد -رحمه الله- : تجب قيمته ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب**) ش: أي تجب تفاوت ما بينهما ، حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمته مضروباً ثمانمائة تجب على الضارب مائتا درهم م: (**لأن الاعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك بعد إن شاء الله تعالى**) ش: أي في باب جناية المملوك في مسألة من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك . م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ولا كفارة في الجنين**) ش: قال الكرخي في «مختصره »: ولا كفارة على الضارب وإن سقط كامل الخلق ميتًا لا كفارة فيه ، إلا إن شاء ذلك، فإن فعل ذلك فهو فصل وليس ذلك عليه عندنا بواجب وليتقرب إلى الله تعالى بما استطاع من خير وليستغفر الله تعالى مما صنع .

م: (**وعند الشافعي -رحمه الله-: تجب**) ش: الكفارة ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم م: (**لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطًا . ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة**) ش: أي الكاملة ، والشرع قدر بإيجابها فيها م: (**فلا تتعداها**) ش: أي فلا يتعدى وجوبها النفوس المطلقة ، ولأن الجنين جزء من وجه ، بدليل أنه يعتق بعتق الأم يتغذى

ولهذا لـم يجب كل البدل ، قـالوا: إلا أن يشاء ذلك لأنه ارتكب محظوراً ، فإذا تقـرب إلى الله تعالى كان أفـضل له ويستغفر ممـا صنع . والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جمـيع هذه الأحكام لإطلاق ما روينا . ولأنه ولد حق أمومـية الولد وانقضاء العـدة والنفاس وغير ذلك . فكذا في حق هذا الحكم . ولأن بهـذا القدر يتميز عن العلقـة والدم ، فكان نفساً ، والله أعلم .

بغذائها، ويتنفس بنفسها ، ولا يكمل أرشه كسائر الأعضاء ، حيث لا يجب فيه دية كاملة ، أشار إليه بقوله : م: **(ولهذا لم يجب كل البدل قالوا)** ش: أي المشايخ م: **(إلا أن يشاء ذلك)** ش: أي الضارب إذا شاء إعطاء الكفارة م: **(لأنه)** ش: أي لأن الضـارب م: **(ارتكب محظوراً ، فـإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع)** ش: وقد ذكرنا هذا عن الكرخي عن قريب .

م: **(والجنين الذي قد استبان بعض خلقه)** ش: قيد به لأنه لو لم يستبن شيء من خلقه لا يكون بمنزلة الولد وهو إن كان علقة فلا حكم لها في حق هذه الأحكام ولا يعلم فيه خلاف .

أما لو ألقت مضغة ولم يبن فيه شيء من خلقه فشهدت ثقاة من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي ، ولو بقي التصور فلا غرة فيه ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في الأصح وأحمد في رواية لأنه كالعلقة ، والنطفة ، وعندنا فيه حكومة ،وقال الشافعي رحمه الله في قول وأحمد في رواية : فيه الغرة ، وبه قال مالك م: **(بمنزلة الحنين التام في جميع هذه الأحكام)** ش: نحو انقضاء العمد ، وكون المرأة نفساء ، وكون الأمة أم ولد إذا ادعاه المولى وانقطاع الرجعة وعدم جواز الوطء في نفاسها م: **(لإطلاق ما روينا)** ش: وهو: أن النبي ﷺ قضى في الغرة في الجنين ولم يفصل حيث قال: وفي الجنين غرة .

م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن الجنين م: **(ولد في حق أمومية الولد وانقضـاء العدة والنفاس وغير ذلك)** ش: مما ذكرنا الآن م: **(فكذا في حق هذا الحكم)** ش: أي في وجوب العدة .

م: **(ولأن بهذا القدر)** ش: أي باستبانة بعض خلقه م: **(يتميز عن العلقة والدم ، فكان نفساً والله أعلم)** ش: لأنه ليس بعد العلقة إلا أن يكون نفساً . وفي« الفتاوى الصغرى » : المرأة إذا ضربت بطن نفسها متعمدة أو شربت دواء يسقط ولدها فسقط يضمن عاقلتها الغرة ، ونقله عن «الزيادات » وفي «الواقعات»: على عاقلتها الدية في ثلاث سنين ، أما إن كانت لها عاقلة وإن لم تكن فذاك من مالها ولا ترث منها شيئاً وعليها الكفارة . ولو ألقت جنيناً ميتاً تجب الغرة على العاقلة في سنة واحدة . ولو كان الشرب لإصلاح البدن فلا شيء عليها فلا ترث منه شيئاً .

....

وفي «الذخيرة»: شربت أو حملت حملاً ثقيلاً أو وضعت في قبلها شيئاً حتى ألقت جنيناً فعلى عاقلتها الغرة خمسمائة في سنة ، أو قبلت متعمدة بغير إذن الزوج ، وإن قبلت بإذنه فلا ضمان ، وعند الأئمة الثلاثة ، وأكثر أهل العلم تجب الغرة على عاقلتها بالإذن وبغير الإذن، ويجب الكفارة أيضاً كما في غيره . وفي «الذخيرة»: اشترى جارية فحبلت منه ثم ضربت بطن نفسها أو شربت دواء أو عالجت قبلها متعمدة فسقط الجنين ميتاً ثم استحقت وقضى المستحق بالجارية وعقرها على المشتري . ويقال للمستحق لقد قتلت ولدها وإنه ولد هذا المشتري لأنه ولد المغرور جرياً بالقيمة فالجنين مضمون بالغرة فادفع أمتك أو ردها الغرة الجنين الحر ، ولا يعلم فيه خلاف .



باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال :ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً أو ميزاباً أو جرصنًا أو بنى دكاناً فلرجل من عرض الناس أن ينزعه ؛ لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه ، فكان له حق النقض

م: **(باب ما يحدثه الرجل في الطريق)**

ش: أي هذا باب في بيان حكم ما يحدثه الرجل في طريق الناس من أنواع الأشياء التي ذكرها المصنف .

م: **(قال)** ش: أي محمد في «الجامع الصغير» م: **(ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً)** ش: وهو المستراح وهو بيت الماء م: **(أو ميزاباً)** ش: ذكره الجوهري في مادة وزب ، وقال الميزاب : الشعب فارسي معرب ، وقد عرب بالهمز وربما لم يهمز ، والجمع المآزيب إذا همزت ، وميازيب إذا لم تهمز . وذكر أيضاً في باب أزب وقال : الميزاب ، وربما لم يهمز . وقال في مادة رزب بالراء ثم الزاي : المرزاب لغة في الميزاب ، وليست بالفصيحة . وقال : الثعب بالفتح واحد مثاعب الحياض ، والمثعب بالميم مسيل الماء في الوادي ، وجمعه ثعبان .

م: **(أو جرصنًا)** ش: بضم الجيم وسكون الراء وضم الصاد وبالنون الخفيفة . وفي «المغرب» الجرصن دخيل ، أي ليس بعربي أصلي وهو الجذع يخرجه الإنسان من الحائط إلى الطريق ليبني عليه ، وفسره الفقيه أبو الليث -رحمه الله- بالبرج الذي يكون في الحائط . وقال فخر الإسلام اختلف فيه فقال بعضهم: هو البرج . وقال بعضهم : هو مجرى ماء مركب في الحائط فكيف ما كان فهو بعد حق المسلمين ، وهو فارسي معرب ، إذ ليس في العربية كلام على هذا التركيب ، أعني الجيم والراء والصاد ، بل مهمل في كلامهم .

م: **(أو بنى دكاناً)** ش: قال الجوهري : الدكان واحد الدكاكين وهي الحوانيت فارسي معرب م: **(فلرجل من عرض الناس)** ش: العرض بالضم الجانب وفلان من عرض العشيرة أي من شقها لا من صميمها . وقيل: المراد من العرض هنا أبعد الناس منزلة ، أي أضعفهم وأرذلهم م: **(أن ينزعه ؛ لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه ، فكان له)** ش: أي لعرض الناس م: **(حق النقض)** ش: سواء كان فيه ضرراً أو لا ، إذا وضع بغير إذن الإمام ، لأن اليد فيما يكون للعامة للإمام ، وله ولاية المنع قبل الوضع أيضاً .

وقال أبو يوسف: لكل أحد المنع قبل الوضع . وقال محمد : ليس له أن يمنع ابتداء ولا أن يخاصم بالدفع بعد الوضع إذا لم يكن فيه ضرر ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد والنخعي والأوزاعي وإسحاق -رحمه الله- وفيما يضر لا يجوز بلا خلاف أذن الإمام أو لم يأذن .

كما في الملك المشترك ، فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئاً ، فكذا في الحق المشترك . قال : ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين ؛ لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه به ، إذ المانع متعنت . فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام : «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » .

واختلف فيما لا يضر ، قيل : إن كان شارعاً يمر فيه الجيوش والأحمال فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه . وقال الأكثرون : لا يقدر بذلك ، بل يكون لا يضر بالعمارات والمحامل . وفي «المبسوط» : لا يقضي عليه بالهدم بخصومة العبيد والصبيان والمهجورين وينقض لمخاصمته الذمي فإن له حقاً في الطريق ، فإن بنى مشعباً للعامة لا يضر المسلمين لا ينقص ، كذا روي عن محمد . وكذا لو قعد بالبيع والشراء لا يضر بالمسلمين لا يمنع ، وإن كان يضر يمنع . وأما الضمان فالذي أخرجه ضامن لما تلف به ، لكن المتلف إن كان آدمياً فالضمان على عاقلته .

م: (**كما في الملك المشترك ، فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئاً ، فكذا في الحق المشترك**) ش: لكل واحد منعه م: (**قال: ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين ، لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق**) ش: أي بالمرور م: (**ما في معناه به**) ش: أي فيلحق ما في معنى المرور ، قال الأترازي : يعني يجوز له الانتفاع بالجرصن ونحوه ما لم يضر بغيره كالمرور م: (**إذ المانع متعنت**) ش: أي المانع من الانتفاع بما لا ضرر فيه لأحد متعنت وهو الذي يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه أو لغيره .

م: (**فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**«لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»**[1]) ش: . هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة -رضي الله تعالى عنهم- منهم جابر -رضي الله تعالى عنه- ، وروى حديثه الطبراني قال : قال رسول الله ﷺ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، ومنهم عبادة بن الصامت روى حديثه ابن ماجة عن عبادة : «أن رسول الله ﷺ قضى أن لا ضرر ولا ضرار» . ومنهم ابن عباس روى حديثه ابن ماجة أيضاً . ومنهم أبو سعيد الخدري روى حديثه الحاكم في «المستدرك» ولفظه : « لا ضرر ولا ضرار ، من ضر ضره الله ، ومن شق شق الله عليه » .

ومنهم أبو هريرة روى حديثه الدارقطني في« سننه» ولفظه: « لا ضرر ولا ضرورة » . ومنهم عائشة -رضي الله تعالى- عنها ، وروى حديثها الدارقطني نحو لفظ المصنف .

---

(١) حديث صحيح بمجموع طرقه .

قال : وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفاً ولا ميزاباً إلا بإذنهم لأنها مملوكة لهم ، ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال ، فلا يجوز التصرف أضر بهم أو لم يضر إلا بإذنهم ، وفي الطريق النافذ له التصرف ، إلا إذا أضر لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل ، فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكمًا كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ، ولا كذلك غير النافذ ، لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكماً . قال : وإذا أشرع في الطريق روشناً أو ميزاباً أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته ؛ لأنه مسبب لتلقه متعد بشغله هواء الطريق ، وهذا من أسباب

وقال ابن الأثير الضر ضد النفع ضره يضره أو أضر به يضره إضراراً . معنى قوله لا ضرر ، أي لا يضر الرجل أخاه فينقص من حقه شيئاً ، والضرار فعال من الضرر أي يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه . وقيل : الضرر ما تضر به صاحبك، وتنتفع به أنت ، والضرار أن تضره من غير أن تنتفع .

وقيل هما بمعنى واحد ، والتكرار للتأكيد . وقيل الضرر يكون من واحد ، والضرار بمعنى المضارة وهو يكون من اثنين م: (**قال : وليس لأحد من أهل الدرب**) ش: وهو الباب الواسع ، والمراد هنا السكة الواسعة م: (**الذي ليس بنافذ**) ش: قال فخر الإسلام : والمراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلة الملك .

وقد تنفذ وهي المملوكة وقد يسيل منفذها ، وهي للعامة ، لكن ذلك دليل على الملك غالبًا، فأقيم مقامه ووجب العمل به حتى يقوم الدليل على خلافه م: (**أن يشرع كنيفاً ولا ميزاباً إلا بإذنهم ؛ لأنها مملوكة لهم ، ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال**) ش: يعني سواء كانوا متلازقين أو لم يكونوا م: (**فلا يجوز التصرف أضر بهم أو لم يضر إلا بإذنهم ، وفي الطريق النافذ له التصرف ، إلا إذا أضر لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل ، فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكمًا كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ، ولا كذلك غير النافذ ؛ لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكمًا**) ش: أي من حيث الحقيقة والحكم ، وهو ظاهر .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا أشرع**) ش: يقال أشرع باباً في الطريق ، أي فتحه ، وأشرع رمحه أي رفعه م: (**في الطريق روشنًا**) ش: هو الممر على العلو ، وقيل هو مثل الرف ، وقيل: الروشن هو أن يضع الخشبة على جداري السطحين ليتمكن من المرور . وقال الجوهري : الروشن الكرة ، ذكره في باب روشن فيدل على أن الواو زائدة م: (**أو ميزابًا أو نحوه**) ش: مثل إن وضع جزعًا أو صخرة شاخصة أو وضع جناحًا م: (**فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته ؛ لأنه مسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق ، وهذا**) ش: أي التسبب بطريق التعدي م: (**من أسباب**

الضمان وهو الأصل . وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان أو عطبت به دابة ، وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما ، لأنه يصير كالدافع إياه عليه . وإن سقط الميزاب نظر ، فإن أصاب ما كان منه في الحائط رجلاً فقتله فلا ضمان عليه ؛ لأنه غير متعد فيه لما أنه وضعه في ملكه . وإن أصابه ما كان خارجاً من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه لكونه متعدياً فيه ، ولا ضرورة ؛ لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ، ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة . ولو أصابه الطرفان جميعاً وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف ، كما إذا جرحه سبع وإنسان ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف اعتباراً للأحوال .

الضمان) ش: ولا خلاف لأحد فيه م: **(وهو الأصل)** ش: أي التعدي أصل في باب الضمان . م: **(وكذلك)** ش: أي وكذا تجب الدية على العاقلة م: **(إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب)** ش: وهي الكنيف والميزاب والجرصن والدكان المبني على الطريق **(وكذا)** أي وكذا تجب الدية على العاقلة م: **(إذا تعثر بنقضه)** ش: بضم النون ، وسكون القاف ، وهو اسم البناء المنقوض ، وكذا في« ديوان الأدب» ، وروي عن بعضهم بكسر النون م: **(إنسان أو عطبت به دابة)** ش: ففي عطوب الدابة يجب ضمانها في ماله م: **(وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما)** ش: أي في الرجلين ، يعني ضمان الرجلين ، يعني ضمان الرجلين على المحدث في الطريق م: **(لأنه يصير كالدافع إياه عليه)** ش: وإذا نحى رجل شيئًا من ذلك عن موضعه فعطب به آخر فالضمان على الذي نحاه وقد خرج الأول من الضمان .

فإن قيل : إذا احتسب حيث أماط الأذى عن الطريق . أجيب : بلى ولكنه أخطأ الحسنة حيث شغل موضعًا آخر من الطريق .

م: **(وإن سقط الميزاب)** ش: أي ميزاب رجل سقط على رجل فقتله م: **(نظر ، فإن أصاب ما كان منه في الحائط رجلاً فقتله فلا ضمان عليه ؛ لأنه غير متعد فيه لما أنه وضعه في ملكه ، وإن أصابه ما كان خارجًا من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه لكونه متعديًا فيه ، ولا ضروره ؛ لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ، ولا كفارة عليه)** ش: أي على محدث الميزاب ، ويضره في الطريق إذا مات به إنسان م: **(ولا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة)** ش: وتندفع الضرورة من غير شغل طريق المسلمين ، والكفارة وحرمان الميراث مسببان بالقتل حقيقة ولم يوجد .

م: **(ولو أصابه الطرفان جميعًا)** ش: أي الطرفان الداخل في الحائط والخارج عنه م: **(وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف)** ش: أي سقط النصف م: **(كما إذا جرحه سبع وإنسان)** ش: يجب النصف ويهدر النصف م: **(ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف اعتبارًا للأحوال)** ش:

ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فقتله ، أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ إليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع؛ لأن فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب . ولو وضع في الطريق جمراً فأحرق شيئاً يضمنه ؛ لأنه متعد فيه . ولو حركته الريح إلى موضع أخر ثم آحرق شيئاً لم يضمنه لنسخ الريح فعله ، وقيل : إذا كان اليوم ريحًا ؛ يضمنه لأنه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى إليها فجعل كمباشرته . ولو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم ؛ لأن التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلماً إلى رب الدار ، وهذا لأنه انقلب فعلهم قتلاً حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده ، فلم يتسلم فعلهم إليه فاقتصر

يعني يضمن في حال بالنظر إلى الخارج عن الحائط ولا يضمن في حال بالنظر إلى الداخل فيضمن نصف الضمان .

م: (**ولو أشرع جناحا إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فقتله ، أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ إليه منها**) ش: أي برئ البائع بتسليمه للمشتري مما يحدث من الخشبة م: (**فتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع ؛ لأن فعله**) ش: أي فعل الواضع م: (**وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب**) ش: أي الموجب الضمان هو الوضع .

م: (**ولو وضع في الطريق جمراً فأحرق شيئًا يضمنه ؛ لأنه متعد فيه ، ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئًا فلم يضمنه لنسخ الريح فعله ، وقيل إذا كان اليوم ريحًا يضمنه**) ش: يعني إذا كانت الريح متحركة حين وضع الجمر على الطريق ثم حركت الريح الجمر يضمنه م: (**لأنه فعله مع علمه بعاقبته**) ش: وهي الحريق بواسطة الريح م: (**وقد أفضى إليها**) ش: أي إلى العاقبة م: (**فجعل كمباشرته**) ش: أي كمباشرة ذلك بنفسه ، وهو اختيار الإمام السرخسي ، وكان شمس الأئمة الحلواني لا يقول بالضمان إذا حركته الريح عن مكانه من غير تفصيل وهو قياس قول الأئمة الثلاثة .

م: (**ولو استأجر رب الدار الفعلة**) ش: وهو جمع فاعل كالقتلة جمع قاتل م: (**لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنسانًا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم**) ش: أي على الفعلة لا على المستأجر الذي هو رب الدار م: (**لأن التلف بفعلهم ، وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلمًا إلى رب الدار ، وهذا**) ش: أي وجوب الضمان على الفعلة م: (**لأنه انقلب فعلهم**) ش: أي فعل الفعلة م: (**قتلاً**) ش: حقيقة لظهور أثر فعلهم وهو التلف بالسقوط عليه م: (**حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده**) ش: أي في عقد المستأجر م: (**فلم يتسلم فعلهم إليه فاقتصر**) ش: أي

عليهم . وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحساناً ؛ لأنه صح الاستئجار حتى استحقوا الأجر وقع فعلهم عمارة وإصلاحاً فانتقل فعلهم إليه ، فكأنه فعل بنفسه ، فلهذا يضمنه. وكذا إذا صب الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة ، وكذا إذا رش الماء أو توضأ ؛ لأنه متعد فيه بإلحاق الضرر بالمارة . بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد أو وضع متاعه ؛ لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة . قالوا : هذا إذا رش ماءً كثيراً بحيث يزلق به عادة ، أما إذا رش ماءً قليلاً كما هو المعتاد، والظاهر أنه لا يزلق به عادة لا يضمن . ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لأنه صاحب علة ، وقيل : هذا إذا رش بعض الطريق لأنه يجد موضعاً للمرور لا أثر للماء فيه ، فإذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء ، وإن رش جميع الطريق يضمن ؛ لأنه مضطر في المرور ،

الضمان م: (عليهم) ش: أي على الفعلة .

م: (وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانًا ؛ لأنه صح الاستئجار حتى استحقوا) ش: أي الفعلة م: (الأجر وقع فعلهم عمارة وإصلاحًا فانتقل فعلهم إليه، فكأنه فعل بنفسه ، فلهذا يضمنه) ش: أي رب الدار استحسانًا للأثر الذي جاء في مثله عن شريح : أنه قضى بالضمان على رب الدار .

م: (وكذا) ش: يضمن الفاعل م: (إذا صب الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة ، وكذا إذا رش الماء أو توضأ لأنه متعد فيه بإلحاق الضرر بالمارة ، بخلاف ما إذا فعل ذلك) ش: أي صب الماء أو رشه أو وضعوه م: (في سكة غير نافذة) ش: فإنه لا يضمن م: (وهو من أهلها) ش: أي والحال أنه من أهل السكة م: (أو قعد أو وضع متاعه ؛ لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة) ش: فإن لكل واحد من الشركاء أن يفعل ذلك .

م: (قالوا) ش: أي المشايخ م: (هذا) ش: أي وجوب الضمان م: (إذا رش ماءً كثيراً بحيث يزلق به عادة ، أما إذا رش ماء قليلاً كما هو المعتاد ، والظاهر أنه لا يزلق به عادة لا يضمن) ش: لأنه إذا زلق يكون ذلك من خوفه م: (ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لأنه) ش: أي لأن الذي تعمد المرور م: (صاحب علة) ش: لأن السقوط من فعله وهو متعمد ، كالذي رش الماء ، وإضافة الحكم إلى العلة المحضة أولاً فلا يجود به صاحب الشرط .

م: (وقيل : هذا) ش: أي عدم وجوب الضمان على الراش م: (إذا رش بعض الطريق لأنه يجد موضعًا للمرور لا أثر للماء فيه ، فإذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء ، وإن رش جميع الطريق يضمن ؛ لأنه) ش: أي لأن الماء م: (مضطر في المرور) ش:

وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه . ولو رش فناء حانوت بإذن صاحبه . فضمان ما عطب على الآمر استحساناً ، وإذا استأجر أجيراً ليبني له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحسانًا، ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الأجير لفساد الأمر قال : ومن حفر بئراً في طريق المسلمين أو وضع حجراً فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته ، وإن تلفت به بهيمة فضمانها في ماله ؛ لأنه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه ، غير

وفي« الواقعات » وإذا رأى سائق الدابة أن الماء قد رش في الطريق فساق وكذلك فعطب به فلا ضمان على الذي رش ، وإن لم يره بأن كان ذلك في الليل فالراش ضامن .

م: (**وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق**) ش: أي مثل حكم رش الماء في بعض الطريق وحكم رشه في كل الطريق م: (**في أخذها**) ش: أي في أخذ الخشبة م: (**جميعه**) ش: أي جميع الطريق م: (**أو بعضه**) ش: أي في أخذها بعض الطريق ، فإن كانت موضوعة في جميع الطريق ففيه الضمان ، وإن كانت في بعض الطريق فلا ضمان فيه ، لأن المار يجد موضعًا للمرور .

م: (**ولو رش فناء حانوت**) ش: الفناء بكسر الفاء أعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحنطة ، وهو سعة أمام الدار م: (**بإذن صاحبه ، فضمان ما عطب على الآمر استحسانًا**) ش: لأن أمره قد صح لما له من زيادة انتقال الفعل إليه . وفي «الفتاوى الصغرى»: ولو أمر الأجير فرش فناء وكان الآمر ضمن الآمر دون الراش ، والحارض يضمن كيفما كان إذا رش الماء ، وفي «الخلاصة»: لو أمره بالوضع في الطريق فتوضأ في الطريق فالضمان على المتوضئ.

م: (**وإذا استأجر أجيراً ليبني له في فناء حانوته فتعقل به**) ش: أي تشبك وتعقل ويكن بالبناء م: (**إنسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحسانًا ، ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق**) ش: وفي «الجامع المحبوبي» : والذي ذكره في الكتاب فيما إذا لم يعلم الأجير أن الفناء للغير ، أما إذا علم فالضمان على الأجير ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، وقال شيخ الإسلام: إن كان الطريق معروفًا للعامة م: (**فالضمان على الأجير لفساد الأمر**) ش: لأنه لا حق للآمر في وسط الطريق نفسه أمره ، فلذلك لم ينقل فعل الأجير إليه ، فكان الأجير هو المتعدي في البناء فوجب عليه ضمان .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ومن حفر بئراً في طريق المسلمين أو وضع حجراً فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته ، وإن تلفت به بهيمة فضمانها في ماله ؛ لأنه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه ، غير**

أن العاقلة تتحمل النفس دون المال ، فكان ضمان البهيمة في ماله ، وإلقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة لما ذكرنا ، بخلاف ما إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن ؛ لأنه ليس بمتعد ، فإنه ما أحدث شيئاً فيه إنما قصد ورفع الأذى عن الطريق ، حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل بها إنسان كان ضامناً لتعديه بشغله . ولو وضع حجراً فنحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي نحاه ؛ لأن حكم فعله قد انفسخ لفراغ ما يشغله ، وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر . وفي«الجامع الصغير» في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق ، فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن ، لأنه غير متعد ، حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة ، وإن كان بغير أمره فهو متعد إما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأي الإمام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة ،

أن العاقلة تتحمل النفس دون المال ، فكان ضمان البهيمة في ماله) ش: وقال الحاكم في «الكافي » : الحر والعبد سواء فالضمان على عاقلة الحافر ، ولا كفارة عليه ولا يحرم من الميراث .

م: (وإلقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة) ش: يعني في وجوب الضمان م: (لما ذكرنا) ش: أي لأنه متعد فيه م: (بخلاف ما إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن ؛ لأنه ليس بمتعد ، فإنه ما أحدث شيئًا فيه إنما قصد رفع الأذى عن الطريق ، حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل بها إنسان) ش: أي تعلق به م: (كان ضامنًا لتعديه بشغله) ش: لأنه شغل طريق المسلمين .

م: (ولو وضع حجراً فنحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي نحاه ؛ لأن حكم فعله قد انفسخ لفراغ ما يشغله ، وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر) .

م: (وفي « الجامع الصغير »: في البالوعة) ش: وهو ما يحفر في وسط الدار ليجمع ماء الوضوء وماء المطر ، وفي« الصحاح» : البالوعة نقب في وسط الدار م: (يحفرها الرجل في الطريق، فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه) ش: أي على حفر البالوعة م: (لم يضمن ؛ لأنه غير متعد ، حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة ، وإن كان بغير أمره فهو متعد إما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأي الإمام) ش: وهو الاستعداء بالرأى ، وهو افتعال من الفوت وهو السبق م: (أو هو) ش: أي حفر البالوعة م: (مباح مقيد بشرط السلامة) ش: قال في «شرح الأقطع» : وقالوا : لو تعدى في الطريق يستريح أو لمرض أو ضعف فعثر به إنسان يضمن ، لأن المشي في الطريق مباح بشرط السلامة ، كما أن الله تعالى أباح الرمي إلى الصيد، لو رمى صيدًا أو أصاب إنسانًا أو شاة ضمن ، واعتبر فيه السلامة ، فكذلك هاهنا .

وكذلك الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره ؛ لأن المعنى لا يختلف . وكذا إن حفره في ملكه لا يضمن لأنه غير متعد . وكذا إذا حفره في فناء داره، لأن له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه ، وقيل :هذا إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر فيه؛ لأنه غير متعد . أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه ؛ لأنه مسبب متعد ، وهذا صحيح . ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً لا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة -رحمه الله- ؛لأنه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف إلى الحفر ، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع . وقال أبو يوسف -رحمه الله- : إن مات جوعاً فكذلك

م: (**وكذلك الجواب على هذا التفصيل**) ش: وهو أنه لو فعله بأمر من له الولاية في الأمر لا يضمن وبغير أمره ضمن ، ويحل للإمام أن يأمر بذلك إذا لم يضر بالعامة إذا كان الطريق واسعًا ، وإن كان الطريق ضيقًا لا يحل له ذلك م: (**في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه**) ش: أي من أول الباب إلى هاهنا من شراع الجناح وإحداث الكنيف أو الميزاب والجرصن أو حفر البئر في طريق المسلمين م: (**وغيره**) ش: كبناء الظلة وغرس الأشجار ورمي الثلج والجلوس للبيع م: (**لأن المعنى لا يختلف**) ش: أي فصار هالك م: (**وكذا إن حفره في ملكه لا يضمن ؛ لأنه غير متعد ، وكذا إذا حفره في فناء داره ؛ لأن له ذلك لمصلحة داره ، والفناء في تصرفه ، وقيل : هذا**) ش: أي عدم الضمان م: (**إذا كان الفناء مملوكًا له أو كان له حق الحفر فيه ؛ لأنه غير متعد . أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركًا**) ش: أي أو كان البناء مشتركًا م: (**بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه ؛ لأنه مسبب متعد ، وهذا صحيح**) ش: أي التفصيل صحيح .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجابي في« شرح الكافي» : وإذا احتفر الرجل بئرًا في طريق مكة أو غير ذلك من الفيافي فلا ضمان عليه في ذلك ، وليس هذا كالأمصار ، لأنه غير متعد فيما فعل ، ألا ترى أنه لو ضرب هناك فسطاطًا أو اتخذ تنورًا يخبز فيه ، أو ربط دابة لم يضمن ما أصابه ذلك ، ولو قالوا هذا إذا حفر في غير ممر المسلمين ، أما إذا حفر في ممرهم ينبغي أن يضمن لأنه متعد فيه .

م: (**ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعًا**) ش: أي من أجل الجوع م: (**أو غمًا**) ش: أي اختناقًا من العفونة . قال الجوهري: يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر م: (**لا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة -رحمه الله- :لأنه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف إلى الحفر، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع ، وقال أبو يوسف-رحمه الله-: إن مات جوعًا فكذلك**) ش: أي لأن

وإن مات غماً فالحافر ضامن له ؛ لأنه لا سبب للغـم سوى الوقوع ، أما الجوع فلا يختص بالبئر . وقال محمد : هو ضامن في الوجـوه كلها ؛ لأنه إنما حدث بسبب الوقوع ، إذ لولاه لكان الطعام قريباً منه . قال : وإن استأجر أجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنها في غير فـنائه ؛ لأن الإجارة صحت ظاهرة إذا لم يعلموا ، فنقل فعلهم إليه لأنهم كـانوا مغـرورين ، فصار كـما إذا أمر آخـر بذبح هذه الشاة فذبـحها ثم ظهـر أن الشاة لغـيره، إلا أن هناك يـضمن المأمـور ويرجع على الآمـر ؛ لأن الذابح مـباشـر ، والآمـر مسبب ، والترجيح للمباشـرة فيضمن المأمور ويرجع المغرور ، وهنا يجب الضمـان على المستأجر ابتداء ؛ لأن كل واحد منهما مسبب ، والأجير غير متعـد والمستأجر متعد فيرجح جانبه. وإن علموا ذلك فالضمـان على الأجراء ، لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ، ولا غـرور ، فبقي الفعل مـضافاً إليهـم . وإن قال لهم : هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروه فمات فيه إنسان

الضمان على الحافر م: (وإن مات غمًا فـالحافر ضامن له ؛ لأنه لا سبب للغم سـوى الوقوع ، أما الجوع فلا يختص بالبئـر . وقال محمد : هو ضامن في الوجوه كلهـا ؛ لأنه إنما حدث بسبب الوقوع ، إذ لولاه) ش: أي الوقـوع م: (لكان الطعام قـريبًا منه) ش: وهو قياس قول الأئمة الثلاثة ، ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة - رحمه الله - على عادة تأخر الراجح ، فإن الفقه معه ، ألا ترى أنه لو حبس رجلاً في بئر حتى مات غمًا فإنه لا ضمان عليه ، بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع ، لأن أثر فعله وهو العمل أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر الوقوع لوجوب الضمان .

م: (قال) ش: أي المصنف وليس لفظة : «قـال» في غـالب النسخ : م: (وإن استأجر أجراء فحفـروها له في غير فنائه فـذلك على المستأجر ولا شيء عـلى الأجراء إن لم يعلموا أنها في غـير فنائه ؛ لأن الإجارة صحت ظاهرة إذا لم يعلموا ، فنقل فعلهم إليه) ش: أي فنقل فعل الأجر إلى المستأجر م: (لأنهم كانوا مغرورين ، فصار) ش: حكم هذا م: (كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشـاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره) ش: أي لا يغير الأمر .

م: (إلا أن هنـاك) ش: أي في الأمـر بذبح الشـاة م: (يضـمن المأمور ويرجع على الآمـر ، لأن الذابح مباشر ، والآمر مسبب ، والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ، ويرجع المغرور ، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء) ش: أي من أول الأمـر م: (لأن كل واحد منهمـا مسبب ، والأجير غيـر متعد ، والمستأجر متعد فيرجح جانبه) ش: في التعدي [وعلى] المستأجر فيه الضمان .

م: (وإن علموا بذلك فالضمـان على الأجراء ؛ لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ، ولا غرور ، فبقي الـفعل مضافًا إليـهم ، وإن قال لهم : هذا فنائي وليس لي فيـه حق الحفر فحـفروه فمات فـيه إنسان

فالضمان على الأجراء قياساً ؛ لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم . وفي الاستحسان : الضمان على المستأجر لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان ، فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا ، فكفى ذلك لنقل الفعل إليه . قال: ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام ، فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة ، وكذلك إذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها؛ لأن الأول تعد هو تسبيب ، والثاني تعد هو مباشرة ، فكانت الإضافة إلى المباشر أولى ، ولأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي . قال : ومن حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن ، وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان . وإن كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به إنسان لم يضمن، وهذا اللفظ يشمل الوجهين ،

فالضمان على الأجراء قياسًا ، لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم . وفي الاستحسان الضمان على المستأجر ، لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكًا له لانطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان ، فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا) ش: أي باعتبار ظاهر اليد من إلقاء الطين ونحوه م: (فكفى ذلك لنقل الفعل إليه) ش: أي إلى المستأجر .

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير» : م: (ومن جعل قنطرة) ش: القنطرة ما أحكم بناؤه ولا يرفع ، والجسر ما يوضع ويرفع م: (بغير إذن الإمام ، فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي عمل قنطرة ، وكذلك إذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها ؛ لأن الأول) ش: يعني جعل القنطرة م: (تعد هو تسبيب ، والثاني) ش: يعني وضع الخشبة م: (تعد هو مباشرة ، فكانت الإضافة إلى المباشرة أولى) ش: لأن الحكم إنما يضاف إلى صاحب السبب إذا لم يكن صاحب العلة صالحًا لإضافة الحكم إليه إن كانت مباحة ، فأما إذا استويا في العدوانية فالإضافة إلى صاحب العلة ، لأنها بالإضافة أولى لكونها أقوى .

م: (ولأن تخلل فعل فاعل مختار) ش: بين السبب والحكم م: (يقطع النسبة) ش: أي نسبة الحكم إلى السبب م: (كما في الحافر مع الملقي) ش: أي كما في حافر البئر على قارعة الطريق مع الذي ألقاه ، أي دفعه إلى البئر حيث يضاف الضمان إلى الدافع لا إلى الحافر .

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (ومن حمل شيئًا في الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن ، وكذا إذا سقط) ش: أي من الحامل شيء م: (فتعثر به إنسان . وإن كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به إنسان لم يضمن ، وهذا اللفظ يشمل الوجهين) ش: وهما تلف الإنسان بسقوط اللباس عليه أو بعثوره عليه .

والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه ، فلا حرج في التقييد بوصف السلامة ، واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه ، فيخرج بالتقييد بما ذكرناه ، فجعلناه مباحاً مطلقاً . وعن محمد-رحمه الله-: أنه إذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه . قال : وإذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلاً أو جعل فيه بواري أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن ، وإن كان فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا :

م: (**والفرق**) ش: أي بين الشيء المحمول حيث يجب الضمان به فيما إذا هلك إنسان وبين الثوب الملبوس حيث لا يجب الضمان فيه وإن هلك إنسان بوقوعه عليه : م: (**أن حامل الشيء قاصد حفظه ، فلا حرج في التقييد بوصف السلامة**) ش: فإذا أضيف إليه التلف كان ضامنًا م: (**واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه، فيخرج بالتقييد بما ذكرناه**) ش: يعني وصف السلامة م: (**فجعلناه مباحًا مطلقًا**) ش: يعني من غير شرط السلامة .

م: (**وعن محمد-رحمه الله-: أنه إذا لبس ما لا يلبسه عادة**) ش: للبدو والجوالق ودرع الحرب في غير موضع الحرب ، والثوب الذي لا يحتاج إليه من حيث الزينة ، أو من حيث دفع الحر والبرد م: (**فهو كالحامل**) ش: شيئًا في الطريق حيث يضمن إذا سقط على إنسان فعطب به م: (**لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه**) ش: وذكر المحبوبي : لو لبس ثوبًا زيادة على قدر الحاجة لم يذكره محمد في الكتاب . وروى ابن سماعة أنه قال : يضمن إذا سقط وعطب به إنسان لأنه لا يعلم به البلوى ، وقياس قول الأئمة الثلاثة : لا يضمن بعدم التعدي .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » م: (**وإذا كان المسجد للعشيرة**) ش: العشيرة : القبيلة ذكره في «الصحاح» ، والمراد ههنا أهل المسجد م: (**فعلق رجل منهم**) ش: أي من العشيرة م: (**فيه قنديلاً**) ش: أي في المسجد م: (**أو جعل فيه بواري**) ش: جمع بوريا قال الأصمعي : البوريا بالفارسية وهو بالعربية جاري ويوري . وقال الجوهري :

الباريا والبوريا التي من القصب وكذلك السبارية م: (**أو حصاة**) ش: أي أو جعل فيه حصاة م: (**فعطب به**) ش: أي بواحد من هذه الأشياء م: (**رجل لم يضمن**) ش: يعني وإن كان بغير إذن الإمام وبه قال أحمد والشافعي - رحمهما الله - في وجه وقال الشافعي في وجه: بغير إذن الإمام يضمن .

وقال الحاكم الشهيد في «الكافي» : وإذا حفر أهل المسجد فيه بئرًا لماء المطر ووضعوا فيه جبًا نضب فيه الماء أو طرحوا فيه بواري أو حصا أو ركبوا بابًا وعلقوا فيه قنديلاً أو ظللوه فلا ضمان فيمن عطب بذلك عليهم م: (**وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا**) ش: أي

هذا عند أبي حنيفة -رحمه الله-، وقالا: لا يضمن في الوجهين جميعًا ؛ لأن هذه من القرب وكل أحد ،مأذون في إقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد . ولأبي حنيفة -رحمه الله-وهو الفرق : أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام واختيار المتولي وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحاً مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة ، وفعل غيرهم تعدياً أو مباحاً مقيداً بشرط السلامة. وقصد القربة لا ينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا

المشايخ م: (**هذا**) ش: يعني هذا التفصيل م: (**عند أبي حنيفة -رحمه الله-، وقالا : لا يضمن في الوجهين**) ش: وهما إذن الإمام أو إذن العشيرة أو عدم إذنهما ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي - رحمهم الله - في وجه .

وقال الحلواني : أكثر مشايخنا أخذوا بقولهما في هذه المسألة وعليه الفتوى كذا في «الذخيرة» ، وفيها وضع الجب لشرب الماء على هذا الاختلاف م: (**لأن هذه**) ش: أي المذكور من الأشياء م: (**من القرب**) ش: بضم القاف وفتح الراء جمع قربة .

م: (**وكل أحد**) ش: من أهل المسجد م: (**مأذون في إقامتها**) ش: أي بإقامة هذه الأشياء م: (**فلا يتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد**) ش: بإذن واحد من أهل المسجد حيث لا يضمن .

م: (**ولأبي حنيفة -رحمه الله-وهو الفرق**) ش: بين الوجهين : م: (**إن التدبير فما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم**) ش: أي غير أهل المسجد م: (**كنصب الإمام**) ش: أي غير أهل المسجد يعني لو صلى فيه غير أهل المسجد بجماعة لا يكون لغير أهله أن يصلوا فيه بجماعة .

م: (**واختيار المتولي وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها**) ش: أي بالصلاة بالجماعة م: (**غير أهله**) ش: يعني : إذا لم يكن الثاني موجودًا ، وأما إذا كان موجودًا فنصب الإمام إليه وهو مختار «الإسكاف» .

قال أبو الليث : وبه نأخذ إلا أن ينصب الإمام شخصًا والقوم يريدون من هو أصلح منه فيجوز أن يكون المصنف اختار قول ابن سلام أن القوم أولى بنصب إمام ، والمؤذن والباني ، أولى بالعمارة م: (**فكان فعلهم مباحًا مطلقًا غير مقيد بشرط السلامة ، وفعل غيرهم تعديًا أو مباحًا مقيدًا بشرط السلامة . وقصد القربة لا ينافي الغرامة**) .

ش: هذا جواب عن قولهما «لأن هذا من القرب» بيانه : **أن قصد القربة لا ينافي الضمان** م: (**إذا أخطأ الطريق**) ش: أي في طريق القربة م: (**كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا**) .

فالطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله . قال : وإن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان في الصلاة ، وإن كان في غير الصلاة ضمن وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله-. وقالا : لا يضمن على كل حال ، ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو نام في غير

ش: يعني إذا شهد وحده بالزنا يحد حد القذف ، وإن كان بأداء شهادته حسبة لله تعالى متقربًا ولكن لما لم يكن نصاب الشهادة في الزنا ، وهي شهادة الأربعة اعتبر ذلك قذفًا م: (**فالطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله**) ش: أي من أهل المسجد لأنه لا يمنع أن يكون المسجد لجماعة المسلمين ، ويختص تدبيره بأهله .

ألا ترى أن رسول الله ﷺ أخذ مفاتيح الكعبة من بني شيبة فأمره الله تعالى بردها عليهم بقوله تعالى : ﴿ **إن الله يأمركم أن تؤدوا الآمانات إلى أهلها** ﴾ والكعبة حق لجميع المسلمين وإن اختص قوم بتدبيره ، وقال التمرتاشي : لو ضاق المسجد بأهله لأهله أن يمنعوا من ليس من أهله الصلاة فيه .

م: (**قال**) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (**وإن جلس فيه رجل منهم**) ش: أي من أهل المسجد م: (**فعطب به**) ش: أي بالجالس م: (**رجل لم يضمن إن كان في الصلاة**) ش: سواء كانت الصلاة فرضًا أو نفلاً . ذكر شيخ الإسلام م: (**وإن كان في غير الصلاة ضمن ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: أي هذا التفصيل الذي ذكرنا ، وكونه في غير الصلاة يضمن عنده مطلقًا ليس بصحيح على إطلاقه ، فإن شمس الأئمة قال في « جامعه » : لو جلس لانتظار الصلاة لا يضمن لقوله عليه السلام : «المنتظر الصلاة في صلاة »، وإنما الخلاف فيمن جلس لعمل ليس له اختصاص بالمسجد كدرس وقراءة القرآن ، وفي « الذخيرة »: لو جلس للدرس أو لقراءة القرآن أو للذكر والتسبيح أو لاعتكاف لا رواية لهذا في الكتاب . واختلف المتأخرون قال أبو بكر الرازي : يضمن عنده ، وقال أبو بكر البلخي : إن جلس لقراءة القرآن أو معتكف في المسجد لا يضمن بالإجماع ، وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد : لو جلس للحديث يضمن بالإجماع لأنه غير مباح له ، وفي «النهاية» : هذا ما ذكره في المتن ، ولو كان جالسًا لقراءة القرآن أو التعليم أو للصلاة إلى قوله فهو على اختلاف مخالف لهذه الروايات ؛ أجيب : يمكن أن يكون مختار أبي بكر الرازي ، ولكن فيه بعد كما ترى .

م: (**وقالا : لا يضمن على كل حال**) ش: وبه قالت الثلاثة م: (**ولو كان جالسًا لقراءة القرآن أو للتعليم**) ش: أي تعليم الفقه والحديث م: (**أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو نام في غير**

الصلاة أو مر فيه مار أو قعد فيه لحديث ؛ فهو على هذا الاختلاف . وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف ، وقيل : لا يضمن بالاتفاق . لهما : أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر ، ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحاً لأنه من ضرورات الصلاة ، أو لأن المنتظر للصلاة في الصلاة حكماً بالحديث فلا يضمن كما إذا كان في الصلاة ، وله : أن المسجد إنما بني للصلاة ، وهذه الأشياء

الصلاة أو مر فيه مار) ش: قال شيخنا العلاء -رحمه الله -: الأول خاص ، والثاني عام : يعني حال كونه ماراً لأجل أمر آخر سوى أمر الصلاة بأن مر لأخذ الماء من غير بئر المسجد .

م: (أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف) ش: وهو اختيار بعض أصحابنا ، واختاره أبو بكر الرازي .

وقال بعضهم : وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق ، ولقائل أن يقول: في عبارة الكتاب تكرار ، لأنه قال : وإن كان في غير الصلاة ضمن، وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله .

والجواب : أن قوله : وإن كان في غير الصلاة ضمن لفظ « الجامع الصغير » . وقوله : ولو كان حال قراءة القرآن من لفظ المصنف - رحمه الله - بيان كذلك ، لكن قوله : «فهو على هذا الاختلاف » يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك ، بل هو على الاختلاف ، كما رأيت وكان من حق الكلام أن يقول : فقد قيد على هذا الاختلاف ، وقيل : لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف .

م: (وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف ، وقيل : لا يضمن بالاتفاق) .

ش: وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح « الجامع الصغير » : وإن قعد معتكفًا ، قال مشايخنا : اختلفوا فيه ، فقال بعضهم عند أبي حنيفة - رحمه الله - يضمن لأنه جلس لغير الصلاة ، وقال بعضهم : لا يضمن لأنه متقرب به، وم: (لهما) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -: م: (أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر) .

قال الله تعالى : ﴿ في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال رجال ﴾ . وقال ﴿ ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه ﴾ م: (ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها ، فكان الجلوس فيه مباحًا لأنه من ضرورات الصلاة ، أو لأن المنتظر للصلاة في الصلاة حكمًا بالحديث) ش: وقد مر الحديث عن قريب م: (فلا يضمن كما إذا كان في الصلاة . وله) ش: أي ولأبي حنيفة م: (أن المسجد إنما بني للصلاة وهذه الأشياء) ش: أشار به إلى ما ذكره من

ملحقة بهـا فلا بد من إظهار التفـاوت فجعلنا الجلوس للأصل مباحـاً مطلقاً ، والجلوس لما يلحق به مباحاً مقيداً بشرط السلامة ، ولا غرو أن يكون الفعل مباحاً أو مندوباً إليه ، وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي إلى الكافر أو إلى الصيـد ، والمشي في الطريق والمشي في المسجد إذا وطئ غيره والنوم فيه إذا انـقلب على غيره ، وإن جلس رجل من غيـر العشيرة فـيه للصلاة فتعـقل به إنسان ينبغي ألا يضمن لأن المسجد بني للصلاة ، وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوضاً إلى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قوله كقـراءة القرآن إلى آخره م: (ملحقـة بها) ش: أي بالصـلاة ، يعني يؤتى بهـا في المسـجـد بطريق التبعية للصلاة هي المقصودة في بناء المسجد .

م: (فلا بد من إظهار التفاوت) ش: بين الملحق والملحق به م: (فجعلنا الجلوس للأصل) ش: الذي هو الصلاة م: (مباحًا مطلقًا) ش: يعني من غير قيد بشرط السلامة ، ألا ترى أن المسجد إذا ضاق على المصلي كان له إزعـاج القاعد فـيه المشـتـغل بالذكر والقراءة والتدريس ، لأنه يطلب موضعه الأصلي .

وقال التمرتاشي : لو ضاق المسجد بأهله [فلهم] أن يمنعوا من ليس بأهله عن الصلاة فيه م: (والجلوس لما يلحق به) ش: أي جعلنا الجلوس لما يلحق به م: (مباحًا ، مقيـداً بشرط السلامة ، ولا غرو) ش: أي ولا عجب ، قال القائل :

ولا غرو إن حرق نار الهوى كبدي   فالنار حق على من يعبد الوثنا

م: (أن يكون الفعل مبـاحًا أو مندوبًا إليه ، وهو مقيد بشـرط السلامة) ش: أي والحال أنه مقيد بشرط السلامة ونظر لذلك بقوله : م: (كالرمي إلى الكافر أو إلى الصيد ، والمشي في الطريق والمشي في المسجد إذا وطئ غيره والنوم فيه إذا انقلب على غيره) ش: فكل ذلك يقيد بشرط السلامة .

وقـال تاج الشريعـة - رحمـه الله - قـوله : «كالرمي إلى الكافـر » ، نظيـر المندوب ، وإلى الصيد نظير المباح ، ومع ذلك ، إذا أصاب مسلمًا يضمن م: (وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه للصلاة فتعقل به إنسان) ش: أي فنشب به وتعلق م: (ينبغي أن لا يضمن ؛ لأن المسـجد بني للصلاة وأمر الصلاة بالجمـاعة إن كان مفوضًا إلى أهل المسجد ، فلكل واحـد من المسلمين أنه يصلي فيه وحده ، والله سبحانه وتعالى أعلم) .

ش: وقال فخر الإسلام : وإن كان الرجل الجالس رجلاً من غير العشيرة فقوله « لهما فيه » لا يشكل ، لأنه بمنزلة الرجل من العشيرة ، قالا : فيه بسط البواري والحصا ، فأما في قول أبي حنيفة فيحتمل أن يضمن بكل حال وقال بعضهم : بل هو عنده في الصلاة بمنزلة العشيرة ، لأن

....

المساجد أعدت للصلاة العامة من غير خصوص ، وإنما الخصوص فيما يرجع إلى الرأي والتدبير ، ولذلك لم يكن لغيرهم حق إقامة الجماعة لأنه مما يفتقر إلى الرأي والتدبير ، وأما نفس الصلاة فيستغنى عن ذلك ، بخلاف تعليق القناديل وبسط البواري والبساط والحصا . قال فخر الإسلام - رحمه الله - : وهذا القول أشبه .

***

فصل في الحائط المائل

قال : وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين ، فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ؛ ضمن ما تلف به من نفس أو مال .والقياس أن لا يضمن لأنه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه ؛ لأن أصل البناء كان في ملكه ، والميلان وشغل الهواء ليس من فعله ، فصار كما قبل الإشهاد .

م: (فصل في الحائط المائل)

ش: أي هذا فصل في بيان أحكام الحائط المائل ، ولما فرغ من بيان الأحكام التي تتعلق بمباشرة الإنسان وثنيه ، شرع في بيان أحكام القتل الذي يتعلق بالجماد الذي لا اعتبار له أصلاً وهو الحائط المائل ، وإنما ذكره بالفصل لأنه يلحق بالباب الذي قبله .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين ، فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال**) ش: هذا كلام القدوري في «مختصره». وقال الكرخي في «مختصره» : وإذا مال حائط من دار رجل على طريق نافذ أو دار رجل فلم يطالب بنقضه ولم يشهد عليه فيه حتى سقط على رجل فقتله أو على متاع فأفسده أو على حيوان فعطب به ، فلا ضمان على صاحب الحائط في شيء من ذلك ، وإن تقدم إليه في هدمه وأشهد عليه ثم سقط في مدة قد أمكنه نقضه فيها بعد الإشهاد فهو ضامن ، وإن كان لم يفرط في نقضه وذهب يطلب من يهدمه فكان في طلبه ذلك حتى استأجر من يهدمه فسقط الحائط فقتل إنسانًا أو عقر دابة أو أفسد متاعًا فلا ضمان عليه .

قال محمد - رحمه الله - : والإشهاد ، أن يقول الرجل : اشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ، فإذا فعل فقد لزمه نقضه على حال الإمكان ، فإن أخر ذلك وفرط عما وصفت لك ضمن ما جنى عليه الحائط فإن كانت جنايته على إنسان ، فهو على العاقلة إذا كانت نفسًا أو دونها إذا بلغ من دية الرجل نصف عشر دية إذا كان المجني عليه رجلاً .

وإن كان المجني عليه امرأة ، فإذا بلغ أرش جنايتها عشر ديتها ، وما كان أقل من ذلك فهو في ماله . وما كان في غير بني آدم فهو في ماله حال .

م: (**والقياس أن لا يضمن**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله في المنصوص عنه ، لأنه بناه في ملكه ولا تعدي منه م: (**لأنه لا صنع منه مباشرة ، ولا مباشرة شرط هو متعد فيه ؛ لأن أصل البناء كان في ملكه ، والميلان وشغل الهواء ليس من فعله ، فصار كما قبل الإشهاد**) ش: أي في صنعته مباشرة ، أما كونه لا صنع فيه فظاهر ، وأما كونه لا مباشرة وهو القتل بسبب كحفر

وجه الاستحسان : أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه في يده ، فإذا تقدم إليه وطولب بتفريغه ، يجب عليه ، فإذا امتنع صار متعدياً بمنزلة ما لو وقع ثوب إنسان في حجره يصير متعدياً بالامتناع عن التسليم إذا طولب به كذا هذا ، بخلاف ما قبل الإشهاد لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ، ولأنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذراً على أنفسهم فيتضررون به. ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط

البئر ، ونحوه قوله : «هو متعد فيه » جملة وقعت صفة كمباشرة شرط المسألة مصورة فيما إذا بناه مستويًا . ثم صار مائلاً . وأوضح ذلك تاج الشريعة . رحمه الله تعالى قبله ، والقياس أن لا يضمن لأن ضمان الجناية بالمباشرة أو التسبب ، ولم يوجد شيء منها .

أما المباشرة : فلأنه لم يتصل بالمؤلف فعل من صاحب الحائط . ألا ترى أنه لم يجب عليه الكفارة ، ولا يحرم عن الميراث وإن شهد عليه . وأما التسبب : فلأنه أبطل أثر فعل ، وهو يعد من المتلف كحفر للبئر والحائط .

وإن كان أثر فعل إلا أنه مباح . لأنه إن فعل حصل في ملكه ، وفعل الإنسان في ملكه مباح وأثر فعله المباح لا يصلح سببًا للضمان كحفر البئر في ملكه ، غاية ما في الباب أنه ترك معروفًا وأنه لا يوجب الضمان ، كما لو أرسل إنسان دابته في مراعٍ فدخل في زرع إنسان فأخبر بذلك فلم يخرجه حتى أفسد زرعه لم يضمن لهذا المعنى كذا هذا .

م: (**وجه الاستحسان : أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بمكله ورفعه في يده ، فإذا تقدم**) ش: على صيغة المجهول م: (**إليه وطولب بتفريغه ، يجب عليه ، فإذا امتنع صار متعديًا**) ش: وتوجه الاستحسان .

قال مالك وإبراهيم النخعي وسفيان الثوري - رحمهم الله - وغيرهم من أئمة التابعين كشريح والشعبي - رحمهم الله - وروي ذلك عن علي -رضي الله عنه-: م: (**بمنزلة ما لو وقع ثوب إنسان في حجره يصير متعديًا بالامتناع عن التسليم إذا طولب به**) ش: حتى يضمن إذا ملك في يده م: (**كذا هذا ، بخلاف ما قبل الإشهاد**) ش: فإنه لا يضمن بالإجماع .

وعن بعض أصحاب أحمد وجه : أنه يضمن قبل الإشهاد أيضًا ، وبه قال ابن أبي ليلى ، وأبو ثور وإسحاق م: (**لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ، ولأنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرًا على انفسهم فيتضررون به . ودفع الضرر العام من الواجب وله**) ش: أي ولصحاب الحائط م: (**تعلق بالحائط**) ش: هذا جواب إشكال وهو أن يقال : الهواء حق العامة وقد اشتغل بهذا الحائط فينبغي أن يكون تفريغه عليهم ، فأجاب بقوله : وله تعلق بالحائط يعني

فيتعين لدفع هذا الضرر ، وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ، ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية ، وتتحملها العاقلة لأنه في كونه جناية دون الخطأ ، فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى كيلا يؤدي إلى استئصاله والإجحاف به وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله ؛ لأن العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم إليه ، وطلب النقض منه دون الإشهاد. وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره ، فكان من باب الاحتياط . وصورة الإشهاد أن يقول الرجل: اشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ، ولا يصح الإشهاد قبل أن يهي الحائط

نقضًا وإبقاء فكأنه هو أولى بذلك م: (فيتعين لدفع هذا الضرر) ش: لتعلق الحائط به على الوجه الذي ذكرناه م: (وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه) ش: أي من الضرر . هذا أيضًا جواب عما يقال لو وجب عليه نقض الجدار لدفع الضرر العام يتضرر صاحب الجدار أيضًا .

فأجاب بقوله : وكم من ضرر . . . . إلى آخره ، كالحجر على المفتي المتاجر والمتطبب الجاهل، والمكاري المفلس ، فإنهم يحجرون لدفع الضرر العام، وإن كان أبو حنيفة - رحمه الله - لا يرى الحجر على البالغ العاقل الحر . م: (ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية ، وتتحملها العاقلة لأنه في كونه جناية دون الخطأ ، فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى كيلا يؤدي إلى استئصاله) ش: أي انقطاعه بالكلية .

م: (والإجحاف به وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله ؛ لأن العواقل لا تعقل المال ، والشرط التقدم إليه) ش: أي بشرط الضمان يقدم الطالب إلى صاحب الحائط وهو أن يقول له : إن حائطك هذا مخوف . أو يقول : مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئًا ، ولو قال : ينبغي أن تهدمه فذاك مشهود ، ويشترط أن يكون المتقدم من صاحب حق لواحد من العامة مسلمًا كان أو ذميًا أو صبيًا أو امرأة إن مال إلى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة إن مال إليها وصاحب الدار أو سكانها إن مال إليها ، وأن يكون إلى من له الولاية التفريغ حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة أو إعارة ، فلم ينقض حتى سقط على إنسان ، فلا ضمان عل أحد م: (وطلب النقض منه) ش: أي وطلب نقض الحائط من صاحبه م: (دون الإشهاد) ش: أي ليس بشرط .

م: (وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره) ش: أي إنكار المطلوب بالهدم م: (فكان) ش: أي الإشهاد م: (من باب الاحتياط) ش: ولهذا لو اعترف صاحبه أي طولب بنقضه ، وجب عليه الضمان وإن لم يشهد عليه ذكره في «التحفة» م: (وصورة الإشهاد : أن يقول الرجل: اشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ، ولا يصح الإشهاد قبل أن يهيئ الحائط) ش: أي

لانعدام التعدي . قال : ولو بنى الحائط مائلاً في الابتداء ... قالوا : يضمن ما تلف بسقوطه من غير إشهاد ؛ لأن البناء تعد ابتداء كما في إشراع الجناح . قال : وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم لأن هذه ليست بشهادة على القتل . وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لا بد من إمكان النقض ليصير بتركه جانياً ، ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي ؛ لأن الناس كلهم شركاء في المرور ، فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم ، رجلاً كان أو امرأة ، حراً كان أو مكاتباً . ويصح التقدم إليه عند السلطان وغيره ؛ لأنه مطالبة بالتفريغ فينفردكل صاحب حق به قال: وإن مال إلى دار رجل فالمطالبة إلى

قبل أن يميل الحائط إلى السقوط وهو من وهي يهي ، أصله يوهي فحذفت الواو فصار يهي ، وذلك لوقوع الواو بين الياء والكسرة كما في يعد أصله يوعد م: (لانعدام التعدي) .

ش: أي قيل : وهي الحائط إلى السقوط م: (قال : ولو بنى الحائط مائلاً في الابتداء قالوا) ش: أي المشايخ م: (يضمن ما تلف بسقوطه من غير إشهاد ؛ لأن البناء تعد ابتداء) ش: أي في ابتداء الأمر م: (كما في إشراع الجناح) ش: أي لا يعد فيه ابتداء م: (قال وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم لأن هذه ليست بشهادة على القتل) ش: يعني لو كانت شهادة على نفس القتل لم يقبل شهادة النساء بشبهة البدلية بل هي شهادة على ميلان الحائط فتقبل شهادة رجل وامرأتين .

م: (وشرط الترك) ش: أي بشرط القدوري ترك النقض م: (في مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لا بد من إمكان النقض ليصير بتركه جانيًا) ش: لأنه ربما لا يتمكن من النقض إما لجهله بذلك أو لعدم الآلة ، فلا بد من زمان يقدر فيه على النقض حتى يكون بتركه بعد ذلك متعديًا م: (ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي ؛ لأن الناس كلهم شركاء في المرور ، فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم، رجلاً كان أو امرأة ، حرًا كان أو مكاتبًا) .

ش: وقال الأقطع في «شرحه» : وكذلك لو طالبت به امرأة أو صبي أو غريب من بلد آخر ؛ لأن جميع هؤلاء لهم المرور في الطريق فصحت مطالبتهم .

وفي «شرح الطحاوي» : والخصومة إلى كل واحد من الناس ، مسلماً كان أو ذميًا بعد أن يكون حرًا بالغًا عاقلاً ، أو كان صغيراً أذن له وليه في الخصومة أو كان عبداً أذن له مولاه . م: (ويصح التقدم إليه) ش: أي إلى صاحب الحائط م: (عند السلطان وغيره) ش: أي وغير السلطان م: (لأنه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به) ش: أي بالطلب حتى إذا لم يأخذ في نقضه عند ذلك فهو ضامن لما أصاب .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وإن مال) ش: أي الحائط م: (إلى دار رجل فالمطالبة إلى

مالك الدار خاصة لأن الحق له على الخصوص ، وإن كان فيها سكان لهم أن يطالبوه لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار ، فكذا بإزالة ما شغل هواءها ولو أجله صاحب الدار أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم ، بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح لأن الحق لجماعة المسلمين وليس إليهما إبطال حقهم ، ولو باع الدار بعدما أشهد عليه وقبضها المشتري بريءٌ من ضمانه ؛ لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه، وقد زال تمكنه بالبيع ، بخلاف إشراع الجناح لأنه كان جانياً بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ، ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه، ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعدما طولب به ، والأصل : أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ، ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار . ويصح التقدم إلى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك ،

مالك الدار خاصة لأن الحق له على الخصوص ، وإن كان فيها) ش: أي في الدار م: (سكان لهم) ش: كالمستأجر والمستعير لهم م: (أن يطالبوه لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار فكذا بإزالة ما شغل هواءها ، ولو أجله صاحب الدار) ش: يعني إذا كان الميلان إلى دار رجل فأجله صاحب الدار م: (أو أبرأه منها) ش: أي من الجناية م: (أو فعل ذلك) ش: أي التأجيل م: (ساكنوها فذلك) ش: أي التأجيل أو الإبراء م: (جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم ، بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح لأن الحق لجماعة المسلمين وليس إليهما إبطال حقهم) ش: أي حق جماعة المسلمين .

م: (ولو باع الدار بعدما أشهد عليه وقبضها المشتري بريءٌ) ش: أي البائع م: (من ضمانه لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه ، وقد زال تمكنه بالبيع ، بخلاف إشراع الجناح لأنه كان جانيًا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا) ش: أشار به إلى قوله في باب ما يحدثه الرجل في الطريق : ولو أشرع جناحًا إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فالضمان على البائع .

م: (ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه . ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به ، والأصل) ش: في هذا الباب م: (أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقديم إليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار) ش: وفي بعض النسخ وسكان الدار م: (ويصح التقدم إلى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك) ش: أي فكاك الرهن .

وإلى الوصي وإلى أب اليتيم أو أمه في حفظ الصبي لقيام الولاية ، وذكر الأم في الزيادات والضمان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء كفعله ، وإلى المكاتب لأن الولاية له ،

فإن قلت : لو كان الراهن مفلسًا لا يقدر على قضاء الدين ؟

قلت : يبيع الدار ويقضي الدين من ثمنها حتى ينقضه المشتري .

فإن قلت : من لم يجد من يشتري ؟

قلت : سئل الجصاص عن هذه المسألة بعينها ؛ قال : يكون التقدم إليه وإلى الأجنبي سواء ، ويجوز أن يتقدم إليه برفع الأمر إلى القاضي بأمر المرتهن بتمكنه من النقض إن كان المرتهن حاضرًا وإن كان غائبًا يأذن له بالنقض .

وإذا ترك ذلك فأمكنه النقض بهذا الطريق يكون متعديًا ، الكل من تاج الشريعة - رحمه الله - م: (**وإلى الوصي**) ش: أي ويصح التقدم أيضًا إلى الوصي م: (**وإلى أب اليتيم**) ش: قال شيخنا العلاء- رحمه الله- : المراد من اليتيم الصبي لأن اليتيم لا أب له والمراد من الأب الجد ، لأن الجد يسمى الأب عند عدم الأب م: (**أو أمه**) ش: أي أو الصبي م: (**في حفظ الصبي لقيام الولاية**) ش: للوصي والأب والأم م: (**وذكر الأم في الزيادات**) ش: يعني إذا تقدم إلى أم الصبي في حائط مال لصغير لزم الضمان .

قال الأترازي : وفيه نظر لأنه لم يذكر في الزيادات الأم ، بل ذكر الأب ، والوصي كما ذكر في الأصل . فقال في «الزيادات» : حائط الصبي أشهد على أبيه أو على وصيه ، فالضمان على أبيه أو عاقلة الصبي ، فإن لم يسقط حتى كبر أو مات من أشهد عليه لم يكن فيه ضمان حتى يستأنف الإشهاد . وإن أشهد على صحيح في حائط ثم جزأ وارتد ولحق بدار الحرب بطل الإشهاد ، إلى هنا لفظ زيادات محمد برواية الزعفراني - رحمه الله - .

م: (**والضمان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء**) ش: أي فعل الوصي والأب والأم م: (**كفعله**) ش: أي كفعل الصبي والتقدم إليهم كالتقدم إلى الصبي م: (**وإلى المكاتب**) ش: أي يصح التقدم إلى المكاتب في حائط له مائل م: (**لأن الولاية له**) ش: أي للمكاتب .

قال فخر الإسلام - رحمه الله - في شرح «الزيادات» : مكاتب له حائط مائل إلى الطريق الأعظم فأشهد عليه ثم سقط فأتلف إنسانًا . فعلى المكاتب الأقل من قيمته ومن دية المقتول ، فإن أدى المكاتب فعتق ثم سقط فأتلف إنسانًا ففيه دية القتل على عاقلة مولاه . وقال : وإذا عجز المكاتب ثم سقط الحائط المائل فأتلف إنسانًا فدمه هدر ولا شيء على المولى لعدم الإشهاد عليه م:

وإلى العبد التاجر سواء أكان عليه دين أو لم يكن ؛ لأن ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط إن كان مالاً فهو في عنق العبد ، وإن كان نفساً فهو على عاقلة المولى ؛ لأن الإشهاد من وجه على المولى وضمان المال أليق بالعبد ، وضمان النفس بالمولى ، ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من إصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة إلى القاضي ، ولو سقط الحائط المائل على إنسان بعد الإشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لأن التفريغ عنه إلى الأولياء ، لا إليه . قال : وإن عطب بالنقض ضمنه لأن التفريغ إليه ، إذ النقض ملكه والإشهاد على الحائط إشهاد على النقض ، لأن المقصود امتناع الشغل ، قال : ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لأن

(وإلى العبد التاجر) ش: أي يصح التقدم إلى العبد التاجر في الحائط المائل م: (سواء أكان عليه دين أو لم يكن ؛ لأن ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط إن كان مالاً فهو في عنق العبد) ش: حتى يباع فيه كديون التجارة م: (وإن كان) ش: أي التالف م: (نفسًا فهو على عاقلة المولى ؛ لأن الإشهاد من وجه على المولى) ش: لأن الحائط مملوك المولى والعبد متصرف للمولى م: (وضمان المال أليق بالعبد) ش: لأنه ملحق بالأموال م: (وضمان النفس) ش: أليق م: (بالمولى) ش: لأن دية العبد غير قابلة لموجب جناية الدم لأنه يشبه الصلاة والعبد ليس بأهل لذلك .

م: (ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من إصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة إلى القاضي) ش: بمطالبة شركائه ، وحيث لم يفعل ذلك صار مفرطًا فوجب الضمان بقسطه م: (ولو سقط الحائط المائل على إنسان بعد الإشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب ، لا يضمنه) ش: أي لا يضمن صاحب الحائط الذي تعثر فهلك م: (لأن التفريغ عنه إلى الأولياء لا إليه) ش: أي التفريغ عن القتيل الأول مفوض إلى الأولياء لأنهم الذين يتولون دفنه لا إلى صاحب الحائط .

م: (قال : وإن عطب النقض ضمنه) ش: أي صاحب الحائط م: (لأن التفريغ إليه) ش: أي لأن تفريغ الطريق عن نقض الحائط إلى صاحب الحائط م: (إذ النقض ملكه والإشهاد على الحائط . إشهاد على النقض ؛ لأن المقصود امتناع الشغل) ش: عن الهواء .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه لا يضمن صاحب الحائط إلا إذا تقدم إليه بعد سقوط النقض بالتفريغ .

وروي عن محمد أنه يضمن ، وإن لم يتقدم إليه التفريغ م: (قال: ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه) ش: أي بسقوط الحائط م: (وهي) ش: أي الجرة م: (ملكه ضمنه لأن

التفريغ إليه ، وإن كان ملك غيره لا يضمنه لأن التفريغ إلى مالكها . قال : وإذا كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل إنساناً ضمن خمس الدية ، ويكون ذلك على عاقلته ، وإن كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئراً والحفر كان بغير رضا الشريكين الأخرين ، أو بنى حائطاً فعطب به إنسانًا فعليه ثلثا الدية على عاقلته ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله-وقالا : عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين ، لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر ، فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل . وله أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر

التفريغ إليه وإن كان) ش: أي الجرة م: **(ملك غيره لا يضمنه لأن التفريغ إلى مالكها)** .

ش: وفي بعض النسخ : إذا كانت الجرة على تأويل المسمى ، قوله : لا يضمنه ، أي لا يضمن صاحب الحائط لو عثر إنسان على الجرة ، ولا يضمن صاحب الجرة لأنه لم يوجد الإشهاد عليه حتى لو كانت الجرة لصاحب الحائط يضمن لقدرته على رفعها كالنقض .

وفي « المبسوط » : وضع شيئًا على حائطه فدفع ذلك الشيء فأصاب إنسانًا ، فلا ضمان عليه لأنه وضعه في ملكه فلا يكون معتديًا فيما يحدثه سواء كان الحائط مائلاً أو لم يكن ؛ لأن في الوضعين لا يكون ممنوعًا من وضع متاعه على ملكه ، ولكن ذكر في «المبسوط» سقوط الجرة فقط . وفي رواية الكتاب ذكر سقوط الحائط مع سقوط الجرة .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م: **(وإذا كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل إنسانًا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وإن كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئراً والحفر كان بغير رضاء الشريكين الآخرين ، أو بنى حائطًا فعطب به إنسانًا ، فعليه ثلثا الدية على عاقلته ، وهذا عند أبي حنيفة - - رحمه الله)** .

م: **(وقالا : عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين)** ش: أي في فصل الحائط المشترك بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة نفر ، وبه قال أحمد .

م: **(لهما)** ش: أي لأبي يوسف ومحمد : م: **(أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل)** ش: فإنه يكون نصفين النصف على الخارج والنصف هدر م: **(وله)** ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - : م: **(أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر)** ش: أراد بالثقل المهلك م: **(والعمق المقدر)** ش: المهلك لا مجرد الثقل ، ومجرد العمق لأن اليسير من ذلك لا يصلح علة للتلف .

لأن أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل ، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات ، فإن كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف ، إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية

م: (لأن أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات ، فإن كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت) ش: أي الجراحة م: (أو كبرت على ما عرف ، إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية) ش: في الإضافة إلى البعض .

* * *

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال : الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت وكذا إذا صدمت ، ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها . والأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة ؛ لأنه يتصرف في حقه من وجه ، وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس ، فقلنا بالإباحة مقيداً بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم إنما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ، ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن

م: (باب جناية البهيمة والجناية عليها)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام جناية البهيمة وفي بيان جناية الآدمي على البهيمة وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد جناية المملوك لتفضيل النطق في المملوك الذي هو العبد ، ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم الفعل والنطق ألحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» م: (**الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت**) ش: الكدم العض بمقدم الأسنان كما يكدم الحمار ، والخبط الضرب باليد .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا يضمن الراكب م: (**إذا صدمت**) ش: الصدم : الضرب بالجسد ، ومنه : إذا قتل الكلب الصيد صدما لا يؤكل . واصطدم الفارسان يعني : ضرب أحدهما الآخر بنفسه م: (**ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها**) ش: نفحت الدابة الشيء إذا ضربته بحافرها .

م: (**والأصل**) ش: أي في هذا : م: (**أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة ؛ لأنه يتصرف في حقه من وجه ، وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركًا بين كل الناس ، فقلنا بالإباحة مقيدًا بما ذكرنا**) ش: من شرط السلامة م: (**ليعتدل النظر من الجانبين**) ش: أي من بين صاحب الدابة وجانب الرجل الذي جني عليه من جهة الدابة ، ولا يضمن ما كان من الغبار بالمشي أو بسير الدابة لأنه لا يمكن الاحتراز عنه .

وكذا ما أثارت الدابة بسنابكها من الحصى الصغار لأنه لا يمكن أن يحترز عنه في السير . فأما الحصى الكبار فإن الراكب يضمن ما تولد منه لأن ذلك لا يكون إلا بالعنف على الدابة في السير .

وقالوا في شروح« الجامع الصغير» : وإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضًا م: (**ثم إنما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ، ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن**

التصرف وسد بابه وهو مفتوح ، والاحتراز عن الإبطاء وما يضاهيه ممكن ، فإن ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به . قال : فإن أوقفها في الطريق ، ضمن النفحة أيضاً لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف ، وإن لم يمكنه عن النفحة فصار متعدياً في الإيقاف وشغل الطريق به : فيضمنه .قال : وإن أصابت بيدها أو برجلها حصاة أو نواة ، أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقأ عين إنسان أو فسد ثوبه لم يضمن ، وإن كان حجراً كبيرا ضمن ؛ لأنه في الوجه الأول لا يمكن التحرز عنه إذ سير الدواب لا يعرى عنه ، وفي الثاني ممكن لأنه ينفك عن السير عادة . وإنما ذلك بتعنيف الراكب ، والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لأن المعنى لا يختلف .

التصرف وسد بابه) ش: أي باب التصرف م: (وهو مفتوح) ش: أي والحال أنه مفتوح .

م: (والاحتراز عن الإبطاء وما يضاهيه) ش: أي وما يشابهه م: (ممكن فإنه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به) ش: أي بشرط السلامة .

م: (قال : فإن أوقفها في الطريق ، ضمن النفحة أيضًا لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف ، وإن لم يمكنه عن النفحة فصار متعديًا في الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه) ش: ولو كانت سائرة وصاحبها معها قائدًا أو سائقًا أو راكبًا تضمن جميع ما جنت إلا النفحة بالرجل أو الذنب . وبه قال أحمد - رحمه الله - في رواية ، وعند الشافعي وأحمد - رحمهما الله في رواية : يضمنها أيضًا وهو قول ابن أبي ليلى - رحمه الله - ، وقال مالك - رحمه الله - : لا يضمنها .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م: (وإن أصابت بيدها أو برجلها حصاة أو نواة ، أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقأ عين إنسان أو أفسد ثوبه لم يضمن ، وإن كان حجراً كبيرًا ضمن لأنه في الوجه الأول) ش: وهو ما إذا كان الحجر صغيراً م: (لا يمكن التحرز عنه إذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني) ش: وهو ما إذا كان الحجر كبيراً م: (ممكن) ش: أي الاحتراز م: (لأنه ينفك عن السير عادة وإنما ذلك) ش: لأن الظاهر أنه نشأ م: (بتعنيف الراكب) ش: في أمر السوق فيوصف بالتعدي ، فيؤخذ به .

م: (المرتدف فيما ذكرنا كالراكب) ش: أراد بالمرتدف ، الرديف ، وقوله فيما ذكرنا يعني في موجب الجناية م: (لأن المعنى لا يختلف) ش: لأن الدابة في أيديهما ويسيرانها ويوجبهانها كيف شاءوا ، هذا ويروى عن شريح : وتجب الكفارة عليهما ، لأنهما كذا بخلاف القائد والسائق كذا في «المبسوط» ، وبه قال مالك وقال الشافعي وأحمد وإسحاق - رحمه الله - : لا يضمن الرديف .

قال: فإن راثت أو بالت في الطريق وهي تسير ، فعطب به إنسان لم يضمن لأنه من ضرورات السير فلا يمكنه الأحتراز عنه . قال : وكذا إذا أوقفها لذلك لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف . وإن أوقفها لغير ذلك فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن لأنه متعد في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير ، ثم هو أكثر ضرراً بالمارة من السير لما أنه أدوم منه ، فلا يلحق به . قال : والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها ، والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها . والمراد النفحة . قال -رضي الله عنه - : هكذا ذكره القدوري -رحمه الله - في« مختصره »، وإليه مال بعض المشايخ . ووجهه: أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه . وقال أكثر المشايخ : إن السائق لا يضمن النفحة أيضاً ، وإن كان يراها ، إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكن التحرز عنه، بخلاف الكدم

وعن أحمد - رحمه الله - أرجو أن لا شيء عليه إذا كان أمامه من يمسك العنان م: (قال) ش: أي القدوري م: (فإن راثت أو بالت في الطريق وهي تسير ، فعطب به إنسان لم يضمن لأنه من ضرورات السير ، فلا يمكنه الاحتراز عنه . قال : وكذا) ش: أي لا يضمن م: (إذا أوقفها) ش: أي الدابة م: (لذلك) ش: أي لأجل البول أو الروث .

م: (لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك) ش: أي البول وإلقاء الروث م: (إلا بالإيقاف وإن أوقفها لغير ذلك) ش: أي لغير البول ورمي الروث م: (فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن لأنه متعد في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير ، ثم هو) ش: أي الإيقاف م: (أكثر ضرراً بالمارة من السير لما أنه أدوم منه) ش: أي من السير م: (فلا يلحق به) ش: أي بالسير والأئمة الثلاثة - رحمهم الله- لا يفرقون ويوجبون الضمان بالروث والبول في الطريق مطلقًا .

وقال ابن قدامة - رحمه الله - : وقياس المذهب أنه لا يضمن ما تلف بذلك لأنه لا يمكن الاحتراز عنه م: (والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها ، والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها) ش: هذا لفظ القدوري - رحمه الله - وقال المصنف رحمه الله : م: (والمراد النفحة) ش: أي المراد من قوله أو رجلها النفحة بالرجل .

م: (قال -رضي الله عنه- : هكذا ذكره القدوري -رحمه الله-في «مختصره » وإليه مال بعض المشايخ) ش: أي بعض مشايخ الطرق م: (ووجهه) ش: أي وجه ما ذكره القدوري م: (أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال أكثر المشايخ) ش: أي مشايخ ديارنا ، ذكره في «الذخيرة» وهم مشايخ ما وراء النهر م: (إن السائق لا يضمن النفحة أيضاً وإن كان يراها ، إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكن التحرز عنه ، بخلاف الكدم

لإمكانه كبحها بلجامها ، وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الأصح . قال الشافعي - رحمه الله-: يضمنون النفحة كلهم ؛ لأن فعلها مضاف إليهم والحجة عليه ما ذكرنا . وقوله عليه الصلاة والسلام : « الرجل جبار» ، ومعناه : النفحة بالرجل ، وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره، وهذا تخويف بالضرب .

لإمكانه كبحها بلجامها) ش: يقال : كبح الدابة بلجامها هو أن يجذبها إلى نفسه لتقف .

م: **(وبهذا)** ش: أي بقول أكثر المشائخ م: **(ينطق أكثر النسخ)** ش: أي نسخ القدوري م: **(وهو الأصح . قال الشافعي - رحمه الله-: يضمنون النفحة كلهم)** ش: أي الراكب والسائق والقائد . وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى -رحمهم الله- م: **(لأن فعلها)** ش: أي فعل الدابة م: **(مضاف إليهم)** ش: أي إلى الراكب والسائق والقائد .

م: **(والحجة عليه)** ش: أي على الشافعي -رحمه الله- م: **(ما ذكرنا)** ش: أشار إلى قوله : وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه م: **(وقوله عليه الصلاة والسلام)** ش: عطف على قوله ما ذكرناه أي الحجة عليه قوله ﷺ أي قول النبي ﷺ م: **(الرجل جبار)** ش: هذا الحديث أخرجه أبو داود والنسائي -رحمهما الله- عن سفيان بن حسين ، عن الزهري ، عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة -رضي الله تعالى عنه- ، عن النبي ﷺ قال : «الرجل جبار»[1] . وقال الخطابي: تكلم الناس في هذا الحديث . قيل إنه غير محفوظ ، وسفيان بن حسين معروف بسوء الحفظ

قلت : استشهد به البخاري -رحمه الله- ، وأخرج له مسلم -رحمه الله- في المقدمة ، ورواه محمد -رحمه الله- في كتاب «الآثار» : أخبرنا أبو حنيفة ، حدثنا حماد ، عن إربراهيم النخعي -رحمهم الله- ، عن النبي ﷺ : « **العجماء جبار والقليب جبار والرجل جبار والمعدن جبار . وفي الركاز الخمس** » وهو يفصل قوله جبار [. . . . . .] : أي هذا يعني النفحة هدر وهو معنى قوله م: **(ومعناه النفحة بالرجل)** .

ش: لأن الوطء مضمون بالإجماع م: **(وانتقال الفعل)** ش: هذا جواب عن قول الشافعي - رحمه الله- لأن فعلها يضاف إليهم بالقياس على الإكراه بيانه أن انتقال الفعل إلى غيره إنما يكون م: **(بتخويف القتل كما في المكره ، وهذا تخويف بالضرب)** ش: لأن القتل فلا يلحق به . قال الأكمل - رحمه الله- : وفيه ضعف لأنه لم يقل بذلك قياساً على الإكراه ، وإنما قال بناء على أصل آخر ، وهو أن سير الدابة مضاف إلى راكبها ولا كلام فيه ، وإنما الكلام في النفحة ، ومع

---

(١) ضعيف : ضعفه الألباني ، أبو داود (٤٥٩٢/ ٩٩٧) .

قال : وفي« الجامع الصغير» : وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب ، قال: إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها . قال: ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الإيطاء لأن الراكب مباشر فيه ؛ لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له ؛ لأن سير الدابة مضاف إليه وهي آلة له وهما مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء ، وكذا الراكب في غير الإيطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب ، وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه يختص بالمباشرة قال : ولو كان راكب وسائق ، قيل : لا

ذلك لا يخلو عن ضعف .

والجواب القوي : ما ذكره بقوله : والحجة عليه ما ذكرنا . وقوله ﷺ : «الرجل جبار ».

م: (قال : وفي «الجامع الصغير») ش: إنما أتى برواية «الجامع الصغير» لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة م: (وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب قال : إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها . قال : ولا كفارة عليهما) ش: أي على القائد والسائق.

م: (ولا على الراكب فيما وراء الإيطاء) ش: كالنفحة بالرجل والذنب في ذلك ، وإنما الكفارة عليه في الإيطاء ، لأنه مباشر فيه ، وهو معنى قوله : م: (لأن الراكب مباشر فيه ؛ لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له ؛ لأن سير الدابة مضاف إليه) ش: أي إلى الراكب . ألا ترى أنه يقال : سار فرسخاً ، وإن كان هو جالساً في سرجه لا يتحرك ؟ !

ولهذا ، لو سار في ملكه على دابته فوطئت بيدها أو رجلها وقتلت ، فعليه الكفارة والدية ، إذ المباشرة في الملك وغيره سواء ذكره في« المبسوط» م: (وهي آلة له) ش: أي الدابة آلة للركب م: (وهما) ش: أي السائق والقائد م: (مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء) ش: أي إلى محل الهلاك م: (وكذا الراكب في غير الإيطاء) ش: أي لا كفارة عليه في غير الإيطاء ، لأنه سبب في ذلك .

م: (والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب) ش: فيجب عليه الكفارة في الإيطاء ، لأنه مباشر فيه م: (وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه) ش: لأن كل واحد من حرمان الميراث والوصية م: (يختص بالمباشرة قال : ولو كان راكب وسائق . قيل : لا

يضمن السائق ما أوطأت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرناه ، والسائق مسبب ، والإضافة إلى المباشر أولى ، وقيل : الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان . قال : وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر ، وقال زفر والشافعي -رحمهما الله- يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر؛ لما روي ذلك عن علي -رضي الله عنه -ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمته آلم نفسه وصاحبه ، فيهدر نصفه ويعتبر نصفه ،كما إذا كان الاصطدام عمداً ، أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة ، أو حفرا على قارعة الطريق بئراً فانهار عليهما ، يجب على كل واحد منهما النصف ، فكذا هذا .

يضمن السائق ما أوطأت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرناه) ش: من قوله ، لأن التلف بثقله م: **(والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى)** ش: لأنه لا عبرة للتسبب مع المباشرة .

ألا ترى إلى الدفع مع الحفر م: **(وقيل : الضمان عليهما)** ش: أي على الراكب والسائق م: **(لأن كل ذلك سبب الضمان)** ش: أي كل واحد منهما بانفراده عامل في الإتلاف ، لأن كل واحد لو انفرد أوجب الضمان .

وقال الكرخي -رحمه الله- في «مختصره »: ولو أمر بنخسها وهو يسير فوطئت إنساناً فقتلته ، فالدية عليهما نصفان ، لأنهما الآن راكب وسائق يعني أن الناخس كالسائق ولو كان ثمة سائق وراكب مشتركان في الضمان .

وكذا الناخس ، يعني أن الناخس كالسائق ، وقال الإمام الأسبيجابي -رحمه الله- : فإن كان سائق وراكب ، أو سائق وقائد أو راكب وقائد فالضمان عليهما جميعاً، غير أن الكفارة على الراكب وحده .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله تعالى- : م: **(وإذا اصطدم فارسان)** ش: تقييد بالفارسين اتفاقي ، إلا أن الحكم في الماشيين كذلك أو قيده بحسب الغالب م: **(فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر ، وقال زفر والشافعي -رحمهما الله- : يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر)** ش: به قال مالك -رحمه الله- م: **(لما روي ذلك عن علي -رضي الله عنه-)** ش: هذا غريب على ما نبينه إن شاء الله تعالى .

م: **(ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمته آلم نفسه وصاحبه ، فيهدر نصفه ويعتبر نصفه ، كما إذا كان الاصطدام عمداً أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بئراً فانهار)** ش: أي سقط م: **(عليهما ، يجب على كل واحد منهما النصف ، فكذا هذا)** ش: وهذا الذي ذكره زفر والشافعي -رحمهما الله- هو القياس ، والاستحسان ما ذكره

ولنا : أن الموت مضاف إلى فعل صاحبه ؛ لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستنداً للإضافة في حق الضمان كالماشي إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحاً ، لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره . وروي عن علي -رضي الله عنه -: أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية ، فتعارضت رواياته فرجحنا بما ذكرنا ، وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق ،

أصحابنا وبه قال أحمد -رحمه الله- ، وهو قوله : م: (ولنا : أن الموت مضاف إلى فعل صاحبه ؛ لأن فعله في نفسه مباح ، وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستنداً للإضافة في حق الضمان كالماشي إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه) ش: بأن يقال : لولا مشيه لم يقع في البئر ، فكذا هنا لا يهدر شيء من دمه أيضاً بأن يقال : لولا تقرب به نفسه من الصدوم لم يهلك .

م: (وفعل صاحبه وإن كان مباحاً ، لكن الفعل المباح في غيره) ش: أي في غير نفسه م: (سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره) ش: فأهلكه : يجب عليه الضمان .

م: (وروي عن علي -رضي الله عنه- أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية) ش: هذا رواه ابن أبي شيبة -رحمه الله- في «مصنفه» : حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن أشعث ، عن حماد عن إبراهيم ، عن علي -رضي الله عنه-: في فارسين اصطدما فمات أحدهما : أنه ضمن الحي للميت م: (فتعارضت رواياته) ش: أي رواية على -رضي الله تعالى عنه- م: (فرجحنا) ش: أي هذه الرواية م: (بما ذكرنا) ش: من الدليل .

وقال الكاكي -رحمه الله- : إذ يقول ما روي عن علي -رضي الله عنه- «أنه أوجب النصف» محمول على ما إذا كانا عامدين ؛ حيث يجب نصف دية كل منهما في العمد كما ذكر في الكتاب .

قلت : هذا كله تكلف ، وقد ذكرنا أن الذي احتج به زفر -رحمه الله- والشافعي حديث علي -رضي الله تعالى عنه- المذكور غريب ، يعني لم يثبت ، فمن أين يأتي التعارض أو لم يأول ، وهذا من قلة الاطلاع في كتب الأحاديث .

م: (وفيما ذكر) ش: أي الخصم م: (من المسائل) ش: المذكورة م: (الفعلان) ش: وهما : الاصطدام عمداً والجرح م: (محظوران) ش: أي غير مشروعين إذا كان كذلك م: (فوضح الفرق) ش: بين المقيس والمقيس عليه .

وفي « الأجناس » : قال أبو يوسف -رحمه الله- : في « نوادر هشام » : في رجلين علوا حبلاً ، فوقعا على وجههما جميعاً فماتا ، إنه يضمن كل أحد منهما دية صاحبه ، ولو وقع

هذا الذي ذكرنا إذا كانا حرين في العمد والخطأ ، ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ ؛ لأن الجناية تعلقت برقبته دفعاً وفداءً وقد فاتت لا إلى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد ؛ لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلاً . ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً ، ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ، ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة ؛ لأن على أصل أبي حنيفة ومحمد-رحمهما الله - تجب القيمة على العاقلة

أحدهما على قفاه والآخر على وجهه فماتا ، ضمن صاحب القفا دية صاحب الوجه ، ولو انقطع الحبل فوقعا جميعاً على أقفيتهما فماتا ضمن القاطع ديتهما ، وضمن الحبل .

فقيل لمحمد - رحمه الله - : إن وقعا على وجههما إذا قطع الحبل ؟ قال محمد - رحمه الله- : هذا من قطع الحبل ، وقال محمد - رحمه الله - في « نوادر رستم » : أو وقعا على أقفيتهما وماتا ، لا ضمان على قاطع الحبل م: (**هذا الذي ذكرنا**) ش: هو أنه يجب دية كل على عاقلة الآخر م: (**إذا كانا حرين في العمد والخطأ ، ولو كانا عبدين يهدر الدم**) ش: أي يسقط م: (**في الخطأ**) ش: يعني إذا اصطدم العبدان خطأ يعني فماتا هدر الدم .

م: (**لأن الجناية تعلقت برقبته**) ش: أي برقبة العبد الجاني م: (**دفعًا وفداءً**) ش: أي من حيث دفع المولى إياه ومن حيث أن يفديه ، ولما مات قبل ذلك فات محل الجناية إن خلف لا يضمن المولى شيئًا ، وهو معنى قوله : م: (**وقد فاتت**) ش: أي العبد م: (**لا إلى خلف**) ش: لفوات محل الجناية م: (**من غير فعل المولى**) ش: في العبدين م: (**فهدر**) ش: أي فسقط الدم م: (**ضرورة**) ش: وفي بعض النسخ : فهدر ضرورة .

م: (**وكذا في العمد**) ش: يعني فيما إذا وقع الاصطدام عمداً منها م: (**لأن كل واحد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلاً**) ش: لأن العبد لا مال له م: (**ولو كان أحدهما**) ش: أي أحد المصطدمين م: (**حرًا والآخر عبدًا ، ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد**) ش: لأن كل شيء من الحر فيه الدية ، ففيه القيمة من العبد ، وكل شيء من الحر فيه نصف الدية ، ففيه من العبد نصف القيمة .

م: (**فيأخذها**) ش: أي فيأخذ القيمة م: (**ورثة المقتول الحر ، ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة**) ش: أي على قيمة العبد لأنه لم يخلف شيئًا فيما زاد م: (**لأن على أصل أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : تجب القيمة على العاقلة**) ش: أراد أن الأصل أن العبد المقتول خطأ ، تجب قيمته على العاقلة عندهما .

لأنه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلاً بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف ، وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد ، وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة . قال : ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن، وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه ، وكذا ما يحمل عليها لأنه متعد في هذا التسبيب ؛ لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الإحكام فيه بخلاف الرداء لأنه لا يشد في العادة ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيقيد بشرط السلامة .

وروي عن أبي يوسف أنه قال في مال القاتل : وإنما تجب قيمة العبد على القاتل عندهما م: (**لأنه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلاً بهذا القدر فيأخذه**) ش: أي بدل العبد م: (**ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف**) ش: أي لعدم الخلف بموت العبد من غير خلف م: (**وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد ، وهذا القدر يأخذه ولي المقتول ، وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة**) ش: فيأخذه الورثة من مولى العبد .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م: (**ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن**) ش: هنا لفظ « الجامع » : وقال المصنف - رحمه الله - : م: (**وكذا على هذا**) ش: يعني وصول الضمان على السائق إذا وقعت م: (**سائر أدواته كاللجام ونحوه**) ش: مثل الركب والمهرة وغير ذلك ؛ لأن ذلك كتقصير منه لأنه لو أحكمها لم تقع .

م: (**وكذا**) ش: الحكم في وقوع م: (**ما يحمل عليها**) ش: أي على الدابة م: (**لأنه متعد**) ش: أي لأن السائق قد تعدى م: (**في هذا التسبيب ؛ لأن الوقوع**) ش: أي وقوع هذه الأشياء م: (**بتقصير منه**) ش: أي من السائق م: (**وهو**) ش: أي التقصير م: (**ترك الشد أو الإحكام فيه**) ش: أي في «الشرح» ، كما لو وقع الشيء المحمول على العاتق على إنسان فقتله م: (**بخلاف الرداء**) ش: الملبوس إذا سقط فأتلف شيئًا حيث لا يجب الضمان م: (**لأنه**) ش: أي لأن الرداء م: (**لا يشد في العادة**) ش: ولو تعثر اللابس فسقط الرداء ، ثم تعثر به إنسان ، لم يضمن فكذا إذا سقط رداؤه .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن السائق م: (**قاصد لحفظ هذه الأشياء**) ش: يعني السرج وسائر الأدوات م: (**كما في المحمول على عاتقه**) ش: إذا وقع على شيء فأتلفه فإنه يجب الضمان م: (**دون اللباس**) ش: يعني لا يجب الضمان فيه ، لأنه لا يقصد حفظه م: (**على ما مر من قبل**) ش: أي في باب : ما يحدثه الرجل في الطريق. م: (**فيقيد بشرط السلامة**) ش: يعني في حكم السائق .

قال : ومن قـاد قطاراً . فهـو ضامن لما أوطأ، فـإن وطئ بعير إنسـاناً ضمن به القـائد والدية على العاقلة لأن القـائد عليه حـفظ القطار كالسـائق وقد أمكنه ذلك وقد صـار متعـدياً بالتقـصير فـيه والتسبيب بوصف التعدي سبب للضمان ، إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وإن كان معه سائق فالضمان عليهما ؛ لأن قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الأزمة وهذا إذا كان السـائق في جانب من الإبل . أما إذا كان توسطهـا وأخذ بزمام واحد يضـمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لأن القائد لا يقود ما

م: (قال) ش: أي القـدوري : م: (ومن قـاد قطاراً) ش: القطار : الإبل يقطر على نسق واحد، والجمع قطر . م: (فهو) ش: أي القائد م: (ضامن لما أوطأ) ش: أي القطار م: (فإن وطئ بعير) ش: أي من القطار م: (إنسانًا ضمـن به القائد والدية على العاقلة ؛ لأن القائد عليـه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعديًا بالتقصـير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب للضمان ، إلا أن ضمـان النفس على العاقـلة فيه وضـمان المال في مـاله، وإن كان مـعه) ش: أي مع القـائد م: (سائق فالضمان عليهما لأن قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه) ش: أي سائق الواحد م: (لاتصال الأزمة) ش: أي أزمة القطار وهو جمع زمام .

وفي « المبسوط » : السائق تعرف للإبل مما أصاب بالصدمة وغيرها . وكذا القائد مقرب في ذلك فيشتركان في الضمان لا سواهما في التسبب ، وإن كان بينهما سائق الإبل في وسط القطار فالضمان في جميع ذلك عليهم أثلاثًا .

وقال الكرخي - رحمه الله - : قال محمد - رحمه الله - في « إملاء الكتابي» : لو أن رجلاً كان يقود قطارًا وآخر من خلف القطار ليسوقه ويزجر الإبل مزجر يسوقه ، وعلى الإبل قوم في الحامل نيام أوغير نيام ، فوطئ بعير إنسانًا فقتله ، فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكبين على البعير الذي وطئ جميعًا اللذين قدَّام البعير الذي وطئ على عواقلهم جميعًا عدد الرءوس ، والكفارة على الراكبين خاصة .

وقال الكرخي - رحمه الله - : وممن كان من الركبان خلف البعير الذي وطئ لا يزجر الإبل ولا يسوقها راكبًا على بعير فيها أو غير راكب فلا ضمان على أحد منهم ، لأنهم ليسوا بقادة ولا ساقة .

م: (وهذا) ش: أي وجوب الضمان على السائق والقائد جميعًا فيها م: (إذا كان السائق في جانب من الإبل أما إذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان) ش: أي القائد الأول والثاني م: (مـا تلف بما بين يديه) ش: أي بين يدي السـائق م: (لأن القائد لا يقـود ما

خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال : وإن ربط رجل بعيراً إلى القطار والقائد لا يعلم ، فوطئ المربوط إنساناً فقتله ، فعلى عاقلة القائد الدية لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره . فإذا ترك الصيانة ، صار متعدياً ، وفي التسبيب : الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ، ثم يرجعو ن بها على عاقلة الرابط ؛ لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة، وإنما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء ، وكل منهما مسبب لأن الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا : هذا إذا ربط والقطار تسير ؛ لأنه أمر بالقود دلالة فإذا لم يعلم به ، لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط . أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها ضمنها القائد لأنه قاد بعير غيره بغير إذنه لا

خلف السائق لانفصام الزمام) ش: أي لانقطاعه

م: (والسائق يسوق ما يكون قدامه) ش: حتى لو لم يسق ما كان قدامه يكون الضمان على القائد الأول لا غير ، كذا ذكر في « المغني » .

م: (قال : وإن ربط رجل بعيراً إلى القطار والقائد لا يعلم) ش: فوطئ المربوط إنسانًا فقتله ، فعلى عاقلة القائد الدية قيد به إذ لو علم القائد بالربط حال السير فالدية على عاقلته ولا يرجعون بها على عاقلة الرابط ؛ لأن القائد لما علم بالربط فقد رضي بما يلحقه من الضمان ، فلا يرجع الحاصل أن زيل القائد بالربط لا بقي ابتداء وجوب الضمان عنه لوجود الإتلاف منه والجهل يزيل الإثم دون الضمان ، كالنائم إذا انقلب على إنسان .

م: (فوطئ المربوط إنسانًا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره ، فإذا ترك الصيانة صار متعديًا ، وفي التسبيب : الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة ، وإنما لا يجب الضمان عليهما) ش: أي على القائد والرابط م: (في الابتداء وكل منهما) ش: أي والحال أن كل منهما م: (مسبب لأن الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة) ش: ولا شك أن المباشرة أقوى كالحافر مع الرافع .

م: (لاتصال التلف بالقود دون الربط ، قالوا) ش: أي المشائخ م: (هذا) ش: أي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط م: (إذا ربط والقطار تسير) ش: الواو فيه للحال م: (لأنه) ش: أي لأن الرابط م: (أمر بالقود دلالة) ش: يعني أمر القائد بقود بعيره حين سار دلالة ، يعني من حيث الدلالة وإن لم يكن صريحًا .

وإذا لم يعلم به م: (فإذا لم يعلم به ، لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط . أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها ضمنها القائد) ش: أي بلا رجوع م: (لأنه قاد بعير غيره بغير إذنه لا

صريحاً ولا دلالة ، فلا يرجع بما لحقه عليه . قال : ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقًا فأصابت في فورها يضمنه ؛ لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق . قال : ولو أرسل طيراً وساقه ، فأصاب في فوره لم يضمن . والفرق : أن بدن البهيمة يحتمل السوق ، فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة . وكذا لو أرسل كلباً ولم يكن له سائق لم يضمن ، ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائق فأخذ الصيد وقتله حل ، ووجه الفرق أن البهيمة

صريحًا ولا دلالة . فلا يرجع بما لحقه عليه) .

ش: قال المحبوبي - رحمه الله - : قال الحلواني - رحمه الله - : إذا ربط حال قيام الإبل ووقوفها ، لا يضمن الرابط ، لأن ربطه قد زال هذا السبب بقود القائد فيبرأ عن موجبها ، كمن وضع حجرًا وحوله من ذلك إلى موضع آخر . لم يكن على الواضع الأول ضمان ما تلف به ؛ لأنه لما حوله زالت جنايته كذا ههنا .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م: **(ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقًا)** ش: قال الصدر الشهيد - رحمه الله - وغيره : أراد بالبهيمة الكلب . وأراد بكونه سائقًا أن يكون خلفه م: **(فأصابت في فورها)** ش: أي في فور الإرسال . فإن قتل صيدًا مملوكًا م: **(يضمنه ، لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق)**.

م: **(قال)** ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م: **(ولو أرسل طيرًا وساقه ، فأصاب في فوره ، لم يضمن . والفرق)** ش: بين المسألتين : م: **(أن بدن البهيمة يحتمل السوق)** ش: فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق م: **(فصار وجود السوق وعدمه سواء بمنزلة)** ش: واحدة .

ولهذا : لو أدخل بازيًا في الحرم أوصقرًا وأرسله فجعل يقتل حمام الحرم لا يلزمه شيء . لأن الباز لا يحتمل السوق .

ولو أشلى كلبًا على رجل حتى عقره أو مزق ثيابه لا يضمن لأن بسوقه أراد به إذا كان خلفه لما مر ، وقيل : إذا لم يكن خلفه ، فعقر وتعلق بإنسان إن كان غير معلم لا يضمن ، لأن غير المعلم إنما يذهب بطبع نفسه لا بالإرسال وإن كان معلمًا ، فإن ذهب يمينًا وشمالاً وعن الوجه الذي أرسله ثم أتلف إنسانًا لا يضمن . لأنه لا يضاف إلى السائق ، وإن أصابه من الوجه الذي ساقه وأرسله كان ضامنًا . لأنه ذهب بإرسال صاحبه ، فكان مضافًا إلى المرسل . كذا ذكر فخر الدين قاضي خان .

م: **(وكذا لو أرسل كلبًا ولم يكن له سائق لم يضمن)** ش: يعني إذا كان خلفه م: **(ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائق فأخذ الصيد وقتله حل ، ووجه الفرق)** ش: بين المسألتين : م: **(أن البهيمة)**

مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيرها ، هذا هو الحقيقة إلا أن الحاجة مست في الاصطياد فأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ، ولا حاجة في حق ضمان العدوان . وروي عن أبي يوسف - رحمه الله-أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطاً صيانة لأموال الناس قال -رضي الله عنه-: وذكر في «المبسوط»: إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصابت في فورها فالمرسل ضامن ؛ لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها ، ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه ، وكذا إذا وقفت ثم سارت ، بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت فأخذت الصيد ؛ لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير

ش: أي الكلب م: (**مختارة في فعلها**) ش: وفي بعض النسخ : مختارة في فعله .

م: (**ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها**) ش: أي فلا يضاف فعله م: (**إلى غيرها ، هذا هو الحقيقة**) ش: أي فعل أحد لا يضاف إلى غيره م: (**إلا أن الحاجة مست في الاصطياد فأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ، ولا حاجة في حق ضمان العدوان**) ش: أي لا ضرورة في وجوب العدوان فلا تسقط عبرتها .

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطًا صيانة لأموال الناس**) ش: وجعل شيخي العلاء - رحمه الله - هذا نسخة يعني يوجد هذا في بعض النسخ م: (**قال- رضي الله عنه-**) ش: أي المصنف م: (**وذكر في « المبسوط »: إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصابت في فورها فالمرسل ضامن ؛ لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها**) ش: فيضمن. قال الصدر الشهيد : وعليه الفتوى ، وبه قال الشافعي وأحمد . وعند مالك : فعل العجماء جبار بأي وجه كان .

م: (**ولو انعطفت**) ش: أي الدابة م: (**يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه**) ش: أي سوى طريق اليمنة واليسرة بأن كان على الجادة ما أوصل الطريق لا ينقطع حكم الإرسال .

م: (**وكذا**) ش: أي كذا لا ينقطع حكم الإرسال م: (**إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت فأخذ الصيد ؛ لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه من الصيد وهذه**) ش: أي وقفة الدابة م: (**تنافي مقصود المرسل وهو السير**) ش: فإن المقصود من الإرسال هو السير لا الوقوف .

فينقطع حكم الإرسال ، وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفسًا أو مالاً في فوره لا يضمنه من أرسله، وفي الإرسال في الطريق يضمنه لأن شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه . أما الإرسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب إلا بوصف التعدي . قال : ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعًا على فوره ضمن المرسل ، وإن مالت يمينًا أو شمالاً وله طريق آخر لا يضمن لما مر، ولو انفلتت دابة فأصابت مالاً أو آدميًا ليلاً أو نهارًا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه الصلام والسلام:

فإذا كان كذلك م: (**فينقطع حكم الإرسال وبخلاف**) ش: معطوف على قوله بخلاف ما إذا وقفت م: (**ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفسًا أو مالاً في فوره لا يضمنه من أرسله وفي الإرسال في الطريق يضمنه**) ش: يريد بهذا : الفرق بين الإرسالين : الإرسال إلى الطريق ، والإرسال إلى الصيد . ففي الأول لا ضمان عليه . وفي الثاني : يجب الضمان إذا كان على الفور .

م: (**لأن شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه. أما الإرسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب إلا بوصف التعدي**) ش: وقالوا في رجل له كلب عقور كلما مر عليه شيء عضه ، فلأهل القرية أن يقتلوه . فإن عض ، هل يجب الضمان على صاحبه .

إن لم يتقدموا عليه قبل القبض لا ضمان عليه ، وإن كان تقدموا إلى صاحب الكلب فعليه الضمان بمنزلة الحائط المائل، وقال الشافعي وأحمد -رحمهما الله-: يضمن وإن لم يتقدم إليه .

وكذا في سنور معروف بأكل الطيور ، وفي « المنتقى » : لو طرح رجلاً قدام أسد أو سبع فقتله ليس على الطارح قود ولا دية ولكن يعزر ويضرب وبعدها يحبس حتى يتوب ويموت ، وقال أبو يوسف : أنا أرى أن يحبس حتى يموت ، وعند الأئمة الثلاثة : إن كان الغالب القتل يجب القود ، وإن كان لا يقتل غالبًا فعند الشافعي - رحمه الله -: قولان في قول يجب القود ، وفي قول لا يجب ، ولكن تجب الدية وبه قال أحمد ، وقياس قول مالك أنه يجب القود .

م: (**قال**) ش: أي المصنف - رحمه الله - : وليس في كثير من النسخ لفظ قال م: (**ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعًا على فوره**) ش: أي فور الإرسال والمراد بفور الإرسال أن لا يميل يمينًا ولا شمالاً م: (**ضمن المرسل ، وإن مالت يمينًا أو شمالاً وله طريق آخر لا يضمن لما مر**) ش: وفي «الفتاوى الصغرى » : أرسل حماره فدخل زرع إنسان فأفسده ، فإن ساقه إلى الزرع ضمن ، وإن لم يسقها بأن لم يكن خلفها وإن لم تنعطف الدابة يمينًا ولا شمالاً وذهب إلى الوجه الذي أرسله صاحبه فأصاب الزرع ضمن أيضًا ، وإن انعطف يمينًا وشمالاً فأصاب الزرع إن كان له طريق آخر لم يضمن وإلا يضمن في ديار شيخ الإسلام -رحمه الله- م: (**ولو انفلتت دابة فأصابت مالاً أو آدميًا ليلاً أو نهارًا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول

« جرح العجماء جبار» . وقال محمد - رحمه الله - : هي المنفلتة ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته. قال : شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لأن المقصود منها هو اللحم ، فلا يعتبر إلا النقصان، وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة ، وكذا في عين الحمار والبغل والفرس

النبي ﷺ : م: («جرح العجماء جبار »[1]) ش: الحديث رواه أبو داود وابن ماجة عن الليث بن سعد عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة -رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « العجماء جرحها جبار » الحديث ، قال أبو داود: المنفلتة أي العجماء التي لا تكون معها أحد ويكون بالنهار لا بالليل ، وقال ابن ماجه : الجُبار الهدر الذي لا يغرم ، وفي « الموطأ » عن مالك : الجبار الدية .

م: (وقال محمد - رحمه الله - هي المنفلتة) ش: التي أهدر النبي ﷺ فعلها هي المنفلتة لا التي أرسلت فإن فساد المرسلة إذا كان في فور الإرسال ليس بجبار وإنما ذكر التفسير لئلا يجري الحديث على عمومه كما قال مالك - رحمه الله - ، وقال القدوري في « شرحه» وسواء كان انفلاتها في ملك صاحبها أو في الطريق أو في ملك غيره لأنه لا صنع له في انفلاتها ولا يمكنه الاحتراز عن فعلها فلا يضمن ما تولد منه . انتهى .

وقال الشافعي : إن كانت ذهبت نهارًا لا يضمن، به قال مالك وأحمد وأكثر فقهاء الحجاز .

م: (ولأن الفعل) ش: أي فعل الدابة المنفلتة م: (غير مضاف إليه) ش: أي إلى صاحب الدابة م: (لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته) ش: من السوق والقود والركوب ، وفي بعض النسخ : قال : م: (شاة لقصاب) ش: أي قال محمد في « الجامع الصغير » م: (فقئت عينها ففيها ما نقصها) ش: أي ما نقص الشاة من قيمتها م: (لأن المقصود منها) ش: أي من شاة القصاب م: (هو اللحم فلا يعتبر إلا النقصان ، وفي عين بقرة الجزار وجزوره) ش: بفتح الجيم وهو ما اتخذ للنحر يقع على الذكر والأنثى كذا في «الطحاوي» ، والجزر القطع وجزر الجزور نحرها ، والجزار هو الذي يجزر البقرة أي ينحرها م: (ربع القيمة) ش: الواجب ربع قيمة بقرة الجزار وجزوره.

م: (وكذا) ش: أي يجب ربع القيمة م: (في عين الحمار والبغل والفرس) ش: وفي « جامع البزدوي » إنما وضع المسألة على هذا الوجه عين لم يقل في عين البقرة والجزور مطلقًا لبيان أن البقرة والجزور وإن أعدا للحم كما في شاة لا يختلف الجواب فيهما أعني يجب ربع قيمتها سواء

---

(١) رواه مسلم « كتاب الحدود » باب : جرح العجماء والمعدن جبار (٢/ ٧٢) .

وقال الشافعي - رحمه الله-: فيه النقصان أيضًا اعتباراً بالشاة . ولنا ما روي :«أنه عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة» وهكذا قضى عمر - رضي الله عنه - ؛ ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل ، فمن هذا الوجه تشبه الآدمي، وقد تمسك للأكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين ، بشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ، ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها

كانا معدين للحم أو للحرث والحمل والركوب كما في الذي لا يؤكل لحمه كالحمار والبغل ، والفرق : أن الشاة لا ينتفع بها للحمل بل ينتفع بها كالأمتعة فيضمن النقصان من غير تقدير ، وأما البهائم فإنها عاملة كالآدمي فينتفع بها بغير العمل أيضًا فأشبه الآدمي من وجه والمسألة من وجه فوجب لنصف التقدير الواجب في الإنسان عملاً بهما .

م: (**وقال الشافعي -رحمه الله - :فيه النقصان أيضًا اعتباراً بالشاة**) ش: وهو القياس قول مالك وأحمد م: (**ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام**) ش: أي أن النبي ﷺ م: (**قضى في عين الدابة بربع القيمة**) ش: هذا رواه الطبراني في «معجمه» من حديث زيد بن ثابت -رضي الله عنه-: أن النبي ﷺ قضى في عين الدابة بربع قيمتها[1] ، ورواه العقيلي في« الضعفاء».

م: (**وهكذا قضى عمر - رضي الله عنه**) ش: رواه عبد الرزاق «مصنفه» : أخبرنا سفيان الثوري عن جابر الجعفي عن الشعبي عن شريح : أن عمر -رضي الله عنه - كتب إليه في عين الدابة ربع ثمنها. ورواه كذلك ابن أبي شيبة م: (**ولأن فيها**) ش: دليل معقول على ذلك أي في الدابة م: (**مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه**) ش: أي من وجه الزينة والجمال م: (**تشبه الآدمي ، وقد تمسك للأكل فمن هذا الوجه**) ش: أي من وجه إمساكها للأكل م: (**تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف**) ش: أي في نفي نصف الإيجاب وفيه إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة ، فإن المقصود منها اللحم وفقء العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزم نقصان المالية .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الشاة ، هذا دليل آخر أي ولأن الشاة أيما يكن إلى آخره على ما تبين ولكن الاعتماد على الدليل الأول الأقوى أن العينين لا يضمنان نصف القيمة ، كذا قال فخر الإسلام -رحمه الله - ، وإنما قال ذلك لأن المعمول به في هذا الباب النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه ، قوله : م: (**إنما يمكن إقامة العمل بها**) ش: أي بالقيمة م: (**بأربعة أعين عيناها**) ش: أي باعتبار الدابة م: (**وعينا المستعمل**) ش: أي مستعمل الداب ةفإذا كان كذلك م: (**فكأنها**)

---

(١) قال الهيثمي في «المجمع» (٦/ ٢٩٨) : رواه الطبراني ، وفيه أبو أمية بن يعلى وهو ضعيف .

ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات إحداها . قال : ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلاً أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر ، وابن مسعود -رضي الله عنهما - ، ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده ، ولأن الناخس متعد

ش: أي فكأن الدابة تكون م: (**ذات**) ش: فإذا كانت ذات م: (**أعين أربعة فيجب الربع**) ش: أي ربع القيمة م: (**بفوات إحداها**) ش: أي أحد الأعين الأربعة .

م: (**قال**) ش: وإنما قلنا «قال المصنف» لأن هذه المسألة وما بعدها ليست مذكورة في «الهداية» ، وإنما هي من مسائل الأصل . ذكرها المصنف تفريعاً .

م: (**ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها**) ش: من النخس وهو الطعن بالعود ونحوه وهو من باب منع يمنع ومنه النخاس دلال الدراب م: (**فنفحت رجلاً**) ش: يقال: نفح برجله إذا ضربه بالحاء المهملة من باب منع م: (**أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس**) ش: يعني إذا نخسها بغير إذن الراكب والسائق وبه صرح في «المبسوط» ولا يعلم فيه خلاف م: (**دون الراكب**) ش: أي لا يلزم الراكب شيء ، فإن قيل: القياس يقتضي هو أن يكون الزمان على الراكب لكونه مباشراً فإن لم يكن متعدياً لأن التعدي ليس من شرط فإن لم يختص به فلا أقل من الشركة ، والجواب : أن القياس يترك بالأثر أشار إليه بقوله م: (**هو**) ش: أي المذكور هو الذي م: (**المروي عن عمر وابن مسعود -رضي الله عنهما**) ش: في رجل نخس دابة عليها راكب فصدمت آخر قتلته أنه على الناخس لا على الراكب هذا غريب .

وقال الأترازي : لما ذكر المسألة المذكورة الأصل قال : بلغنا ذلك عن عمر وعبد الله بن مسعود-رضي الله عنهما - ، وروى عبد الرزاق في «مصنفه» عن معمر عن ابن مسعود وفيه : إنما يضمن الناخس ، وروى ابن أبي شيبة في« مصنفه» نحوه عن شريح والشعبي ، ولأن الراكب دليل معقول .

م: (**ولأن الراكب والمركب**) ش: الذي هو الدابة م: (**مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده**) ش: أما فعل الراكب فلأنه انتقل إلى الدابة لأن الوثبة المهلكة إنما كانت منها فكان مضطراً في حركته ، وأما فعل الدابة فقد انتقل إلى النخاس لكونه الحامل على ذلك ملحاً فكان الحامل الناخس مميزاً له . الرابع : للدابة والراكب معاً على ما فعلت الدابة والمدفوع إلى الشيء ، وإن كان مباشراً لا يعتبرمباشراً كما في الإيضاع الإكراه الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشر أن فرض مباشراً ولا التسبب أيضًا لأنه متعمد التعدي وهو منفرد م: (**ولأن الناخس متعد**)

في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي . حتى لو كان واقفًا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لأنه متعد في الإيقاف أيضًا . قال: وإن نفحت الناخس كان دمه هدراً لأنه بمنزلة الجاني على نفسه ، وإن ألقت الراكب فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لأنه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة . قال : ولو وثبت بنخسة على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه . والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء .

ش: دليل آخر أي الناخس متعد م: (**في تسبيبه**) ش: لأن الدابة عادتها عند النخس النفحة والوثبة م: (**والراكب في فعله غير متعد**) ش: لعدم ضرر شيء منه . م: (**فيترجح جانبه**) ش: أي جانب الناخس م: (**في التغريم للتعدي**) ش: قيل : فيه نظر لأن الراكب إن كان فعله معتبراً فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه في وجوب الضمان كالنائم إذا انقلب على إنسان فأهلكه يجب الضمان عليه ، والنائم ليس يوصف بالتعدي وإن لم يكن قتله معتبراً لكونه مرفوعاً فقد استغنى عن ذكره بذلك الدليل الأول .

وأجيب : أن الراكب مباشر فيما إذا أتلف بالوطء لأنه يحصل التلف بالفعل وليس الكلام هاهنا في ذلك وإنما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكان شيئين ورجح الناخس في التغريم وفي استعمال الترجيح ها هنا تسامح لأن الشرط إذا كان منفرداً لا يصلح معارضًا حتى تحتاج إلى الترجيح ، قال الأكمل : ولعل معناه فاعتبر موجباً في التغريم لأن الترجيح بسبب الاعتبار فكان ذكر التسبب وإرادة المسبب .

م: (**حتى لو كان واقفاً**) ش: أي حتى لو كان الراكب واقفاً م: (**دابته**) ش: ودابة منصوبة بقوله واقفًا لأنه من الوقوف لا من الوقف م: (**على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لأنه**) ش: أي لأن صاحب الدابة م: (**متعد في الإيقاف أيضاً . قال: وإن نفحت الناخس كان دمه هدراً لأنه بمنزلة الجاني على نفسه وإن ألقت الراكب**) ش: يعني بالنخس م: (**فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لأنه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة . قال : ولو وثبت بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه**) ش: إشارة إلى قوله : لأنه متعد في تسببه ، كذا قاله الكاكي، وقال الأكمل: لما بينا ؛ إشارة إلى قوله : لأنه متعد في تسببه .

ولأن الراكب والمركب مرفوعان ، وقال في «النهاية» : هو قوله لأنه متعد في تسببه ، قلت : وهو مثل ما قاله الكاكي فكأنه نقله عن صاحب «النهاية» . وقال الأكمل : ليس بشيء وسكت عليه فليتأمل .

م: (**والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء**) ش: أي في ملكه يعني يجب الضمان على

وعن أبي يوسف - رحمه الله-أنه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين؛ لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة ، والثاني مضاف إلى الناخس فيجب الضمان عليهما . وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ، ولا ضمان عليه في نفحتها لأنه أمره بما يملكه إذ النخس في معنى السوق فصح أمره به ، وانتقل إليه لمعنى الأمر . قال : ولو وطئت رجلاً في سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعًا إذا كانت في فورها الذي نخسها لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما . والإذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث إنه إتلاف ، فمن هذا الوجه يقتصر عليه ، والركوب وإن كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة السير، والسير علة الوطء

الناخس في كل حال وقيد بقوله في ملكه احترازاً عما تقدم من الإيقاف من غير الملك فإنه ينتصف الضمان هناك على ما قبلها م: (وعن أبي يوسف -رحمه الله -) ش: رواه ابن سماعة عنه .

م: (أنه يجب الضمان على الناخس) ش: في كل حال وقيد بقوله في ملكه احترازاً عما تقدم من الإيقاف في غير الملك ، فرواية ابن سماعة عنه أنه يجب الضمان على الناخس م: (والراكب نصفين لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني) ش: أي وطء الدابة م: (مضاف إلى الناخس فيجب الضمان عليهما ، وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك) ش: أي النخاس من الناخس م: (بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه) ش: أي على الناخس م: (في نفحتها لأنه) ش: أي لأن الراكب م: (أمره) ش: أي الناخس م: (بما يملكه) ش: وهو النخس م: (إذ الناخس في معنى السوق فصح أمره به) ش: أي أمر الراكب بالنخس م: (وانتقل) ش: أي النخس م: (إليه لمعنى الأمر) ش: أي إلى الراكب . م: (قال : ولو وطئت رجلاً في سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعاً) ش: أي على الراكب والناخس م: (إذا كانت) ش: أي النخسة م: (في فورها الذي نخسها لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما) ش: أي الى الراكب والناخس ، وفي بعض النسخ : « إليها» أي إلى النفحة م: (والإذن يتناول فعله) ش: أي فعل الناخس هذا جواب عن قوله« ينبغي أن لا يضمن الناخس» لأنه متى أذن بالنخس وفعله أي الراكب فلم يبق متعدياً، بيان الجواب : الإذن يتناول فعل الناخس الذي هو م: (السوق ولا يتناوله) ش: أي ولا يتناوله فعله م: (من حيث إنه إتلاف ، فمن هذا الوجه يقتصر عليه) ش: أي على الناخس فكان متعدياً م: (والركوب وإن كان علة للوطء) ش: هذا جواب سؤال آخر ، وهو أن الراكب صاحب علة إذ الركوب علة للوطء ، وإضافة الحكم إلى العلة أولى من إضافته إلى الشرط وتقرير الجواب أن يقال : إن الركوب وإن كان علة لوطء الراكب م: (فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة السير والسير علة للوطء) ش: أي ويكون علة العلة .

وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح إنسانًا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما أن الحفر شرط علة أخرى فوق علة الجرح كذا هذا . ثم قيل : يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الإيطاء لأنه فعل بأمره ، وقيل : لا يرجع وهو الأصح فيما أراه لأنه لم يأمره بالإيطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما إذا أمر صبيًا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت إنسانًا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فإنهم لا يرجعون على الآمر لأنه أمره بالتسيير والإيطاء ينفصل عنه ، وكذا إذا ناوله سلاحًا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس إنما يضمن إذا كان الإيطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافًا إليه ، وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر

م: (وبهذا لا يترجح صاحب العلة) ش: على الشرط ونظر المصنف لذلك بقوله م: (كمن جرح إنساناً فوقع) ش: أي المجروح م: (في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما) ش: أي على الجارح وحافر البئر م: (لما أن الحفر شرط علة أخرى) ش: وهي القتل م: (فوق علة الجرح كذا هذا) ش: لأن الركوب وإن كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط للسير والسير علة للوطء فكان الوطء ثابتاً بعلتين فيجب الضمان .

م: (ثم قيل: يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الإيطاء لأنه) ش: أي لأن الناخس م: (فعل بأمره) ش: أي بأمر الراكب فيرجع عليه بما لحقه من العهدة م: (وقيل : لا يرجع وهو الأصح) ش: أي عدم الرجوع هو الأصح قاله صاحب « الهداية» وقال م: (فيما أراه) ش: بضم الهمزة أي فيما أظنه م: (لأنه) ش: أي لأن الراكب م: (لم يأمره بالإيطاء) ش: بل أمره بالنخس م: (والنخس ينفصل عنه) ش: أي عن الإيطاء م: (وصار) ش: حكم هذا م: (كما إذا أمر صبياً يستمسك) ش: أي يقدر على استمساك نفسه على فعل شيء وهو معنى قوله : يستمسك م: (على الدابة بتسييرها فوطئت الدابة إنساناً ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فإنهم) ش: أي فإن العاقلة م: (لا يرجعون على الآمر لأنه) ش: أي لأن الآمر م: (أمره بالتسيير ، والإيطاء ينفصل عنه) ش: أي عن التسيير .

وقيد الصبي بصفة الاستمساك لأنه إذا لم يكن مستمسكاً على الدابة وحمله رجل على الدابة والدابة واقفة ثم سارت فأوطأت لا ضمان على عاقلة الصبي ولا على الحامل لأنه لم يسير الدابة فكانت الدابة كالمتعلقة فيكون فعله هدراً لقوله ﷺ : «فعل العجماء جبار » والمراد المنفلتة ، كذا في «الذخيرة » ولا نعلم فيه خلافًا .

م: (وكذا إذا ناوله) ش: أي الصبي م: (سلاحاً فقتل به آخر) ش: أي فقتل الصبي بالسلاح شخصاً آخر م: (حتى ضمن لا يرجع على الآمر ، ثم الناخس إنما يضمن إذا كان الإيطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافاً إليه ، وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر

النخس فبقي السوق مضافًا إلى الراكب على الكمال . ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت في فورها فهو على الناخس ، وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره لأنه مضاف إليه ، والناخس إذا كان عبدًا فالضمان في رقبته ، وإن كان صبيًا ففي ماله لأنهما مؤاخذان بأفعالهما ، ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت إنسانًا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء ؛ لأنه متعد بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله ، والله أعلم .

النخس فبقي السوق مضافًا إلى الراكب على الكمال) .

م: (**ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت في فورها فهو على الناخس**) ش: لا على القائد م: (**وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره**) ش: أي غير السائق فالضمان على الناخس لا على السائق م: (**لأنه**) ش: أي لأن التلف م: (**مضاف إليه**) ش: أي إلى الناخس إذ الانفلات أثر فعل الناخس وهو بشرط التلف م: (**والناخس إذا كان عبدًا فالضمان في رقبته**) ش: أي في رقبة العبد يدفع بها أو يفدي ، هذا إذا نخسه بغير إذن الراكب ، أما إذا نخسه بإذنه ، فإن كان التلف بالنفحة فلا ضمان على الراكب ، والقيد إذا كان يسير في الطريق ولو كان بالوطئة في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب يضمن نصف الدية ، وعتق العبد نصف الدية يدفعة مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب ؛ لأن الولي يرجع على الآمر بالأقل من قيمة العبد ومن نصف الدية .

م: (**وإن كان**) ش: أي الناخس م: (**صبياً ففي ماله**) ش: يحتمل أن يراد به إذا كانت الجناية على المال أو فيما دون إرث الموضحة لأن الجناية إذا كانت موجبة الدية فعلى عاقلته م: (**لأنهما**) ش: أي لأن العبد والصبي م: (**مؤاخذان بأفعالهما ، ولو نخسها**) ش: أي الدابة م: (**شيء منصوب في الطريق فنفحت إنساناً فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعد بشغل الطريق فأضيف إليه**) ش: أي فأضيف التلف إلى الناصب م: (**كأنه نخسها بفعله ، و الله أعلم**) ش: أي فكأن الناصب نخس الدابة بفعله .

* * *

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال : وإذا جنى العبد جناية خطأ ، قيل لمولاه : إما أن تدفعه بها أو تفديه ، وقال الشافعي- رحمه الله - : جنايته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى الأرش ، وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق

م: (باب جناية المملوك والجناية عليه)

ش:أي هذا باب في بيان جناية الممموك على غيره وفي بيان جناية شخص على المملوك ولما فرغ من جناية الحر وهو المالك شرع في بيان العبد الذي هو المملوك م: (**قال**) ش: أي القدوري-رحمه الله - : م: (**وإذا جنى العبد**) ش: على حر أو على عبدم: (**جناية خطأ قيل لمولاه إما أن تدفعه**) ش: أي العبد إلى ولي الجاني م: (**بها**) ش: أي بالجناية م: (**أو تفديه**) ش: إنما قيد بالخطأ لأن في العمد في النفس يجب القصاص عليه ، وفيما دون النفس تجب الدية خطأ أو عمداً ؛ لأن القصاص لا يجري فيه بين العبد والعبيد ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس م: (**وقال الشافعي -رحمه الله - : جنايته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى الأرش**) ش: وذكر شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجابي -رحمه الله - في« شرح الكافي »مذهب مالك -رحمه الله - كذلك ، وقال مالك : يجب ذلك في عتق العبد يباع فيه إلا أن يقضي السيد ، وقال الخرقي في «مختصره » وإذا جنى العبد على سيده أن يدفعه ، أو يفديه فإن كانت الجناية أكثر من قيمة العبد لم يكن على سيده أن يطالب بأكثر من قيمته م: (**وفائدة الاختلاف**) ش: أي الخلاف بيننا وبين الشافعي -رحمه الله -تظهر م: (**في اتباع الجاني بعد العتق**) ش: يعني أن المجني عليه عند الشافعي-رحمه الله - يتبع العبد بعد العتق ، يعني إذا كانت قيمته غير معادلة للأرش تبعه بعد العتق، أما لو كان الأرش بقدر القيمة يكون على الولي والمولى يختار الفداء بعد العتق ، وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لأنه بعد العتق صارمختاراً للفداء في «مبسوط »بكر و «الأسرار» ، حاصل الخلاف أن موجب جناية العبد على الآدمي على العبد عند الشافعي .

وعندنا يجب على المولى الدفع والفداء إلا أن الموجب الأصلي الدفع ، وله أن يختار الفداء حتى لو هلك العبد قالوا : برئ المولى، ولو كان الواجب أحد الشيئين والخيار إليه ينبغي أن يتعين الأرش بعد هلاكه ، وعند الشافعي -رحمه الله - موجب جناية عليه كموجب جناية على المال ومن حكم الدين إذا وجب على العبد يخير المولى بين البيع والدفع في الدين وبه قال أحمد-رحمه الله - في رواية ، فعلى هذا لو كان قيمة قدر الأرش أو دونه فالسيد يخير بين الفداء والدفع ، وهو قول الحسن والثوري والشعبي وعطاء ومجاهد والزهري وحماد -رحمهم الله- وقال أحمد - رحمه الله - في رواية : يلزم السيد دفعه ، وهو قول مالك والشافعي في قول إلا أن

والمسألة مختلفة بين الصحـابة رضوان الله تعالى عليهم، له أن الأصل في موجب الجناية أنه على المتلف لأنه هو الجـاني إلا أن العاقلة تتحـمل عنه ، ولا عاقلة للعـبد لأن العقل عـنده بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه ، فتجب في ذمته كمـا في الدين ، ويتعلق برقبته ، يباع فيه كما في الجناية على المال. ولنا : أن الأصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني

يفديه بالأرش بالغاً ما بلغ .

م: (**والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله تعالى عليهم**) ش: وقال الأكمل -رحمه الله-: فعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما - مثل مذهبنا قال : إذا جني العبد إن شاء دفعه وإن شاء فداه، وهكذا روي عن علي ومعاذ بن جبل وغيرهما وروي عن علي رضي الله تعالى عنه مثل مذهبه، قال : عبيد الناس أموالهم جنايتهم في قيمتهم أي في أثمانهم لأن الثمن قيمة العبد، وقال الكاكي : والمسألة مختلفة بين الصحابة -رضوان الله عليهم - وروي عن علي -رضي الله تعالى عنه أنه قال: عبيد الناس أموالهم جزاء جنايتهم في رقاب الناس كمذهبنا ، هكذا روي عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وأبي عبيدة بن الجراح وروي عن عمر - رضي الله تعالى عنهم مثل مذهبه فذكره مثل ما ذكرنا ، وقال الأترازي :

ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم كالقدوري وغيره عن ابن عباس أنه قال : عبيد الناس أموالهم وجنايتهم في قيمتهم ، وعن علي - رضي الله عنه - مثله قلت مخرج الأحاديث لم يذكر إلا عن علي- رضي الله عنه - فقط فقال: روى ابن أبي شيبة في «مصنفه»: حدثنا حفص عن حجاج عن حصين الحارثي عن الشعبي عن الحارث عن علي قال : إذا جنى العبد ففي رقبته ، ويخير مولاه إن شاء فداه وإن شاء دفعه م: (**وله**) ش: أي الشافعيم: (**أن الأصل في موجب الجناية أنه على المتلف لأنه هو الجاني إلا أن العاقلة تتحمل عنه**) ش: أي عن الجاني م: (**ولا عاقلة للعبد لأن العقل عنده بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه ، فتجب في ذمته كما في الدين**) ش: وهو ظاهر كما قلنا ، وفي بعض النسخ : كما في الذمي ، يعني إذا قتل الذمي خطأ يجب دية المقتول في ذمته لا على عاقلته كما في إتلاف المال .

وقوله بعد هذا : بخلاف الذمي الذي يدل على صحة هذه النسخة م: (**ويتعلق برقبته**) ش: أي برقبة العبد م: (**يباع فيه كما في الجناية على المال**) ش: أي كما في الضمان لاستهلاك الأموال م: (**ولنا : أن الأصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني**) ش: لكونه معذوراً ، والخطأ موضوع شرعاً ، وقال الأكمل -رحمه الله - : في قوله : ولنا أن الأصل ثبت وهو أن الحكم في مسألة مختلف ، فإن حكمها عندنا الوجوب على المولى وعندهم الوجوب على العبد لما ذكر ، وهو بناء على الأصل ، ونحن على أصل فمن أين يقوم لأحدنا حجة على الآخر ؟!

تحرزاً عن استئصاله والإجحاف به إذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به . والأصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذمي ؛ لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر . وبخلاف الجناية على المال ؛ لأن العواقل لا تعقل المال إلا أنه يخير بين الدفع والفداء لأنه واحد ، وفي إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل ،

ويمكن أن يقال : الشافعي -رحمه الله- جعل وجوب موجب جنايته في ذمته وكوجوب الجناية على المال ، فنحن إذا بينا الفرق بينهم فبقي أصله بلا أصل فيبطل . وقد بين المصنف ذلك بقوله : بخلاف الذمي إلى آخره م: (**تحرزاً عن استئصاله**) ش: أي لأجل التحرز عن انقطاعه بالكلية م: (**والإجحاف به إذ هو**) ش: أي الإضرار به إذ هو أي الجاني في حالة الخطأ م: (**معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية**) ش: ولكن لما وجب دفعًا لوحشة القتل عند الأولياء وصوناً للدم عن الهدر فلا يهدر م: (**وتجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة والمولى عاقلته**) ش: أي عاقلة العبد م: (**لأن العبد يستنصر به**) ش: أي بالمولى م: (**والأصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على أهل الديوان**) ش: وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان على ما يجيء بيانه في كتاب «المعاقل» إن شاء الله تعالى م: (**بخلاف الذمي**) ش: جواب عن قياس الشافعي-رحمه الله -وجوب موجب جناية العبد عليه قياساً على الذمي حيث يجب عليه ، بيانه أن الذمي لا يصح أن يقاس عليه م: (**لأنهم**) ش: أي لأن أهل الذمة م: (**لا يتعاقلون فيما بينهم**) ش: أي لا يتناصرون م: (**فلا عاقلة فتجب في ذمته**) ش: أي في ذمة الذمي م: (**صيانة للدم عن الهدر**) ش: لأنه إذا لم يجب عليه ولا عاقلة له فيجب عليها لكون الدم هدراً فلا يجوز إهداره .

م: (**وبخلاف الجناية على المال**) ش: هذا جواب عن قياس الشافعي -رحمه الله- موجب جناية العبد عليه قياساً على الجناية في المال ، بيانه : أن هذا القياس أيضاً غير صحيح م: (**لأن العواقل لا تعقل المال**) ش: كما مر بيانه م: (**إلا أنه**) ش: أي أن المولى ، هذا استثناء من قوله «والمولى عاقلة» لأن العبد يستنصر به فإذا كان عاقلة م: (**يخير بين الدفع والفداء**) ش: يعني إن شاء دفع العبد وإن شاء فداه .

فإن قيل : إذا كان المولى عاقلته ينبغي أن لا يخير بين الدفع والفداء ، كما لا يثبت الخيار في سائر العواقل ، فالجواب عنه ما قاله المصنف-رحمه الله -بقوله : م: (**لأنه واحد**) ش: أي لأن المولى واحد هاهنا في كونه عاقلته .

م: (**وفي إثبات الخيرة**) ش: للمولى م: (**نوع تخفيف في حقه**) ش: بخلاف سائر العواقل ؛ لأن فيهم كثرة ويثبت الخفيف بالتوزيع عليهم فلا يثبت الخيار لهم م: (**كيلا يستأصل**) ش:

غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح ، ولهـذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب ، وإن كـان له حق النقل إلى الفداء كـما في مـال الزكاة بخـلاف موت الجـاني الحر لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر . قال : فإن دفعه ملكه ولي الجناية، وإن فداه فـداه بأرشهـا وكل ذلك يلزمه حالاً ، أمـا الدفع فلأن التـأجيل في الأعيـان باطل وعند اختياره الواجب عين ، وأما الفداء

موجب الجناية م: (**غير أن الواجب الأصلي**) ش: هذا جواب سؤال مقدر ، وهو أن يقال : لو كان موجب جناية على ذمة المولى ينبغي أن لا يسقط بموت العبد كما في الحر الجاني إذا مات لا يسقط العقل عن عاقلته .

تقرير الجواب : أن الواجب الأصلي في جناية العبد م: (**هو الدفع**) ش: أي دفعه إلى ولي الجناية وأشار بقوله م: (**في الصحيح**) ش: أي لخلاف فيه ، فإن البعض قالوا : الواجب الأصلي هو الفداء ، واختاره شيخ الإسلام علاءالدين الأسبيجابي في« شرح الكافي » لأن الأصل هو ضمـان المتلف ، ولكن الدافع خلص عنه ، وأشار المصنف -رحمه الله - إلى أن الأصل هو الدفع واختاره أيضاً .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون الواجب الأصلي هو الدفع م: (**يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجـب وإن كان له**) ش: أي للمولى م: (**حق النقل إلى الفـداء كما في مـال الزكاة**) ش: فإن الموجب الأصلي فيه جزء من النصاب وللمالك أن ينتقل إلى القيمة م: (**بخلاف موت الجاني الحر**) ش: هذا جـواب عـما يذكر هاهنا مستشـهدًا به كـما ذكرناه آنفًا كـمـا في الحـر الجاني، بيانه أن الواجب لا يسقط بموت الجاني الحر م: (**لأن الواجب لا يتعلق بالحـر استيـفاء**) ش: أي من حـيث الاستيفاء بخلاف العبد الجاني حيث يسقط الموجب بموته ؛ لأن الواجب يتعلق به استيفاء حيث يدفع في الجناية م: (**فصار**) ش: أي الحر م: (**كالعبد في صدقة الفطر**) ش: أنها تجب عن العبد على المولى ولا يسقط بموت العبد .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**فإن دفعه ملكه ولي الجناية**) ش: أي فإن دفع المولى العبد في جناية خطأ ملكه أي ملك العبد ولي الجناية وسقطت المطالبة عن المولىم: (**وإن فداه فداه بأرشها**) ش: أي بأرش الجناية م: (**وكل ذلك**) ش: أي الدفع والفداء م: (**يلزمه حالاً**) ش: أي يلزم المولى على وجه الحلول م: (**أما الدفع فلأن التأجيل في الأعيان باطل**) .

ش: لأن التأجيل إنما شرع للتحصيل [. . .] وتحصيل الحاصل محال م: (**وعند اختياره**) ش: أي اختيارالمولى الدفع م: (**الواجب عين**) ش: أي عين العبد م: (**وأما الفداء**) ش: عطف على

فلأنه جعل بدلاً عن العبد في الشرع ، وإن كان مقدراً بالمتلف، ولهذا سمي فداء يقوم مقامه، ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالاً كالمبدل وأيهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره، أما الدفع فلأن حقه متعلق به ، فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط حقه، وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش، فإذا أوفاه حقه سلم العبد له، فإن لم يختر شيئًا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه، وإن مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى. قال: فإن عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى ، معناه: بعد الفداء ؛

قوله أما الدفع م: (فلأنه) ش: أي فلأن الفداء م: (جعل بدلاً عن العبد في الشرع) ش: فكان قائماً مقامه فإذا كان كذلك يأخذ حكمه فلم يصح التأجيل كما لا يصح في الدفع .

م: (وإن كان مقدراً بالمتلف) ش: كلمة« إن» واصلة بما قبلها يعني وإن كان الفداء مقدراً بالأرش قليلاً كان أو كثيراً وهذا لا يمنع أن يكون بدلاً عن العبد قائماً مقامه م: (ولهذا) ش: أي لكونه بدلاً عن العبد م: (سمي فداء يقوم مقامه) ش: أي مقام العبد م: (ويأخذ حكمه) ش: أي حكم العبد إذا وقع فيكون حالاً مثله م: (فلهذا) ش: أي فلكونه قائماً مقامه ويأخذ حكمه م: (وجب حالاً كالمبدل) ش: في كونه واجباً حالاً م: (وأيهما) ش: أي الواحد من الدفع والفداء م: (اختاره) ش: أي المولى م: (وفعله) ش: إما الدفع وإما الفداء م: (لا شيء لولي الجناية غيره) ش: أي غير الذي اختاره المولى م: (أما الدفع فلأن حقه متعلق به) ش: أي بالدفع م: (فإذا خلى) ش: أي فإذا خلى المولى بين ولي الجناية م: (بينه وبين الرقبة) ش: أي رقبة العبد م: (سقط حقه) ش: أي حقه لوصوله إليه م: (وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش فإذا أوفاه حقه سلم العبد له) ش: أي للمولى .

م: (فإن لم يختر شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه) ش: لأن حقه كان في الرقبة فإذا تلفت سقط ما لزمه بالهلاك كهلاك المال بعد وجوب الزكاة فيه ولا الجناية من العبد تسقط بموته كم افي العبد م: (على ما بيناه) ش: إشارة إلى قوله : الواجب الأصلي الدفع م: (وإن مات) ش: أي العبد م: (بعدما اختارالفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى) ش: فإذا مات العبد لم يسقط ما في ذمة المولى من الدين كسائر ديونه .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (فإن عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى) ش: هذا لفظ القدوري ، وقال المصنف م: (معناه: بعد الفداء) ش: يعني إذا فدى المولى عبده من جناية فعاد العبد بعد ذلك فجنى جناية أخرى خطأ كان حكمها حكم الأول ، يعني يخاطب المولى بالدفع أو الفداء ، وإنما فسره المصنف بهذا لأنه إذا جنى ثانياً قبل الفداء كانت هي مثل

لأنه لما طهر من الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن ، وهذا ابتداء جناية . قال : وإن جنى جنايتين قيل للمولى: إما أن تدفعه إلى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما ، وإما أن تفديه بأرش كل واحد منهما لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ، ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الأول أولى أن لا يمنع . ومعنى قوله : على قدر حقيهما : على قدر أرش جنايتيهما ، وإن كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم، وإن فداه فداه بجميع أروشهم لما ذكرنا ، ولو قتل واحدًا وفقأ عين آخر يقتسمانه أثلاثًا ، لأن أرش العين على النصف من أرش النفس ،

المسألة التي قبلها م: (**لأنه لما طهر**) ش: بالطاء المهملة م: (**عن الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن ، وهذا**) ش: أي الذي وقع ثانياً م: (**ابتداء جناية**) ش: فحكمه حكم الجناية التي وقعت أولاً .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإن جنى**) ش: أي العبد م: (**جنايتين قيل للمولى: إما أن تدفعه إلى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما ، وإما أن تفديه بأرش كل واحد منهما**) ش: أي من حقه كاملاً أي بالرقبة م: (**لأن تعلق الأولى**) ش: أي الجناية الأولى م: (**برقبته**) ش: أي برقبة العبد م: (**لا يمنع تعلق الثانية**) ش: أي الجناية الثانية م: (**بها**) ش: أي بالرقبة والتذكير باعتبار العتق أو باعتبار المذكور م: (**كالديون المتلاحقة**) ش: فإن الدين الذي يلحق الدين لا يمانع أحدهما الآخر ، وبه قالت الثلاثة والحسن وحماد وربيعة ، وعن شريح : يدفع إلى ولي الجناية الأولى إلا أن يفديه مولاه ثم يدفع إلى الثاني والثالث وبه قال الشعبي وقتادة م: (**الاترى**) ش: توضيح لما قبله م: (**أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الأول أولى أن لا يمنع**) ش: لأن الملك أقوى من الحق م: (**ومعنى**) ش: أي معنى م: (**قوله**) ش: [أي :] القدوري : م: (**على قدر حقيهما: على قدر أرش جنايتيهما**) ش: لأن المستحق يستحقه عوضًا عما فات فلا بد أن يقسم على قدر العوض كذا في« الإيضاح» م: (**وإن كانوا جماعة**) ش: يعني إن كان أولياء القتيل جماعة م: (**يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم ، وإن فداه**) ش: أي وإن فدى المولى عبده لهم م: (**فداه بجميع أروشهم**) ش: أي مقابلاً لجميع أروشهم م: (**لما ذكرنا**) ش: يعني قوله لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثاني م: (**ولو قتل**) ش: أي العبد م: (**واحداً وفقأ عين آخر**) ش: أي شخص آخر .

م: (**يقتسمانه**) ش: أي ولي القتيل ، والذي فقئ عينه يقتسمان العبد م: (**أثلاثًا**) ش: بيانه : قتل رجلاً خطأ وفقأ عين آخر ثم اجتمعا ، واختار الولي الدفع فإنه يدفع العبد إليهما أثلاثًا م: (**لأن أرش العين**) ش: أي العين الواحدة م: (**على النصف من أرش النفس**) ش: لأن ولي المقتول ثبت في الدية وهي عشرة آلاف ، وثبت حق المفقوء عينه في نصف الدية وكل واحد منهما يدلي بسبب صحيح ، فيصرف بجميع حقه ، فيقتسمان أثلاثًا .

وعلى هذا حكم الشجات . وللمولى أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد ؛ لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها ، وهي الجنايات المختلفة ، بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر ؛ لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة ، والحق يجب للمقتول ، ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها . قال : فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها

م: (**وعلى هذا حكم الشَّجات**) ش: جمع شجة ، وفي بعض النسخ : حكم الشجات فالأول جمع كثره ، والثاني جمع قلة ، بيانه : شج رجلاً موضحة وآخر هاشمة ، وآخر منقلة ، ثم اختار الولي الدفع ؛ يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد ، لأن له خمسمائة ، وإلى صاحب الهاشمة ثلثه ، لأن له ألفًا وإلى صاحب المنقلة نصفه ، لأن له ألفاً وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا م: (**وللولي أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد**) ش: أشار لهذا إلى : أن للمولى أن يخالف في الاختيار ، فيفدي من بعضهم إلى آخر ما ذكره م: (**لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها ، وهي الجنايات المختلفة**) ش: لأن كل واحد منهم لا يتعلق حقه بحق صاحبه ، فجاز أن يختار في أحدهم خلاف ما يختار في حق الآخر ، كما لو انفرد كل واحد منهم .

م: (**بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له**) ش: أي للمولى م: (**أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر ؛ لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة**) ش: أي جناية واحدة خير فيها بين الدفع فلم يملكه ببعض موجبها م: (**والحق يجب للمقتول**) ش: أو قيل : هذا جواب إشكال ، وهو أن يقال : الحق إن كان متحداً بالنظر إلى سببه فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين ، فينبغي أن يكون حكم هذه المسألة مثل المسألة الأولى ، فأجاب بقوله : أن الحق يجب للمقتول أولاً م: (**ثم للوارث خلافة عنه**) ش: أي عن الميت ، لأن الأصل في الاستحقاق الميت ، وهو واحد والوارثان خلف عنه ، فكان الاعتبار [في] الاتحاد الأصل ، فإذا كان كذلك م: (**فلا يملك التفريق في موجبها**) ش: أي في موجب الجناية المتحدة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري: م: (**فإن أعتقه المولى**) ش: أي فإن أعتق العبد الجاني مولاه م: (**وهو لا يعلم بالجناية**) ش: أي والحال أنه ما علم بالجناية م: (**ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها**) ش: أي ضمن المولى الأقل من قيمة العبد الجاني ومن أرش جناية أيهما كان أقل من الآخر يلزمه ذلك ، وبه قال الشافعي ، وفي قول مالك : يلزمه تمام الأرش ، وبه قال أحمد في رواية ، وهو قول مالك .

وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش ؛ لأن في الأول فوت حقه ، فيضمنه وحقه في أقلهما ولا يصير مختاراً للفداء ؛ لأنه لا اختيار بدون العلم ، وفي الثاني : صار مختاراً ؛ لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للآخر ، وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد ؛ لأن كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به . بخلاف الإقرار على رواية الأصل ، لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه وليس فيه نقل الملك ؛ لجواز أن يكون الأمر كما قاله المقر ،

م: (**وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش**) ش: قليلاً كان أو كثيراً ، وقال الكرخي : وإذا قتل عبد قتيلاً خطأ فأخرجه المولى من ملكه ببيع إلى غيره أو عتقه ، أو دبره ، أو كانت أمة فاستولدها أو أقر به لرجل وهو يعلم فعليه أرش الجناية م: (**لأن في الأول**) ش: أي فيما أعتقه الولي وهو لا يعلم بالجناية م: (**فوت حقه**) ش: أي حق المجني عليه م: (**فيضمنه وحقه في أقلهما**) ش: أي من الأقل من القيمة ومن الأرش م: (**ولا يصير مختاراً للفداء ؛ لأنه لا اختيار بدون العلم، وفي الثاني**) ش: أي فيما إذا أعتقه بعد العلم بالجناية م: (**صار مختاراً ، لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه**) ش: أي على العتق م: (**اختيار منه للآخر**) ش: أي الفداء .

م: (**وعلى هذين الوجهين**) ش: وهو العلم بالجناية وعدم العلم بها م: (**البيع**) ش: بأن باع العبد الجاني م: (**والهبة**) ش: بأن وهبه لأحد م: (**والتدبير**) ش: بأن دبره م: (**والاستيلاد**) ش: بأن كانت أمة فاستولدها م: (**لأن كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به**) ش: أي بالمذكور من هذه الأشياء م: (**بخلاف الإقرار على رواية الأصل**) ش: يعني إذا أقر في يده العبد الجاني بأن العبد لفلان لا يصير مختاراً للفداء .

توضيحه : إذا جنى العبد جناية يقال وليه : هو عبدك فادفعه أو أفده فقال : هو لفلان الغائب وديعة عندي أو جارية أو أجير أو رهن لا يصير مختاراً للفداء م: (**لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية ، فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه وليس فيه نقل الملك ؛ لجواز أن يكون الأمر كما قاله المقر**) ش: ولم يندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة ، فإن أقامها آخر الأمر إلى قدوم الغائب ، وإن لم يقمها خوطب بالدفع أو الفداء ولا يصير مختاراً للدية مع تمكينه من الدفع .

وقال القدوري في «شرحه» : فإن اختار الفداء ثم حضر الغائب وصدقه فهو مقطوع في الفداء ، لأنه أقر ملك غيره بغير أمره ، وقد كان يمكنه أن يتخلص من الفداء بالدفع.

فإذا اختاره كان متبرعاً ، وإن اختار الدفع ثم حضر الغائب فصدقه قيل له : إن شئت فافسخ الدفع ، لأن التصديق استند إلى الإقرار الأول ، فصار ملكاً للعبد من ذلك والوقت وقد دفعه من ليس بمالك ، فإن شاء اختار دفعه ، وإن شاء فسخ وفدى .

وألحقه الكرخي بالبيع وأخواته ؛ لأنه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له بإقراره فأشبه البيع ، وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها ، وكذا المعنى لا يختلف ، وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري ؛ لأنه يزيل الملك . بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه ، وبخلاف العرض على البيع ؛ لأن الملك ما زال. ولو باعه بيعاً فاسداً لم يصر مختاراً حتى يسلمه؛ لأن الزوال به ، بخلاف الكتابة الفاسدة ؛ لأن موجبه يثبت قبل قبض البدل ، فيصير بنفسه مختاراً .

م: (وألحقه الكرخي) ش: أي ألحق الإقرار أبو الحسن الكرخي م: (بالبيع وأخواته) ش: الهبة والتدبير والاستيلاد ، يعني في صيرورته مختاراً م: (لأنه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له بإقراره فأشبه البيع) ش: وفي «الإيضاح» : رواية الكرخي خارجة عن الأصول ، وهو قول زفر -رحمه الله- م: (وإطلاق الجواب في الكتاب) ش: وهو قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها ، وأراد بالكتاب القدوري م: (ينتظم النفس وما دونها) .

ش: لأن الجناية أعم من أن يكون على النفس أو على ما دونها فيكون مختاراً للفداء من هذه الأشياء بعد العلم بالجناية على النفس أو على ما دونها ، فإن فعل قبل العلم يلزم الأقل من قيمة الجاني والأرش .

م: (وكذا المعنى لا يختلف) ش: أي المعنى الذي يكون به مختاراً للفداء أو لا يكون مختاراً في النفس وما دونه لأنه لا يصح الاختيار بدون العلم ، فإذا علم فعل ذلك بعد الإعتاق ونحوه كان مختاراً . وإن فعل ويعلم لم يكن مختاراً ويلزمه الأقل ، لأنه لا حق لولي الجناية فيما زاد على الأرش إذا كان الأرش أقل ، وإذا كان تقيمة الجاني أقل يلزم المولى ذلك ، لأنه لم يفوت بفعله غير ذلك .

م: (وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري ؛ لأنه يزيل الملك) ش: البيع بشرط الاختيار للمشتري ملك البائع بالإجماع ، وإن كانوا اختلفوا في ثبوت الملك للمشتري م: (بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه ، وبخلاف العرض على البيع) ش: يعني لا يكون مختاراً به م: (لأن الملك ما زال) ش: فبقي الدفع ممكناً كما كان . وقال القدوري في «شرحه» : وقال زفر : العوض اختيار لأنه يدل على سعة الملك .

م: (ولو باعه بيعاً فاسداً لم يصر مختاراً حتى يسلمه ؛ لأن الزوال به ، بخلاف الكتابة الفاسدة) ش: يعني إذا كاتبه بعد العلم بالجناية كتابة فاسدة بأن كاتبه على خمر أو خنزير حيث يكون مختاراً م: (لأن موجبه) ش: وهو استحقاق العتق عند أداء العوض المشروط م: (يثبت قبل قبض البدل) ش: أي بدل الكتابة م: (فيصير بنفسه) ش: أي بنفس العقد م: (مختاراً) ش: وفي «الإيضاح»

ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار ، بخلاف ما إذا وهبه منه ؛ لأن المستحق له أخذه بغير عوض ، وهو متحقق في الهبة دون البيع ، وإعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرنا ؛ لأن فعل المأمور مضاف إليه ، ولو ضربه فنقصه فهو مختار إذا كان عالماً بالجناية ؛ لأنه حبس جزءاً منه ، وكذا إذا كانت بكراً فوطئها ؛ وإن لم يكن معلقاً لما قلنا ، بخلاف التزويج لأنه عيب من حيث الحكم ، وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية ؛ لأنه لا ينقص من غير إعلاق ، وبخلاف الاستخدام لأنه لا

كاتبه وهو يعلم بالجناية ثم عجز . فإن كان خوصم قبل أن يعجز وقضى بالدية ثم عجز لم يرتفع القضاء ، لأن وجوب البدل استحكم بالقضاء ، وإن لم يحكم فيه حتى عجز كان له أن يدفعه ، لأن الدفع بالعجز . وعن أبي يوسف : يصير مختاراً بالعقد لتعذر الدفع باعتبار فوات اليد .

م: (**ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار ، بخلاف ما إذا وهبه منه**) ش: أي من المجني عليه م: (**لأن المستحق له أخذه بغير عوض ، وهو متحقق في الهبة دون البيع**) ش: حيث لا يكون إلا بعوض ، لأنه تمليك بعوض .

م: (**وإعتاق المجني عليه**) ش: يعني إذا أعتق المجني عليه العبد الجاني م: (**بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرنا**) ش: أي في العلم بالجناية وعدمه م: (**لأن فعل المأمور مضاف إليه**) ش: أي إلى الآمر ، فكأنه أعتقه بنفسه .

م: (**ولو ضربه**) ش: أي ولو ضرب عبده الجاني م: (**فنقصه**) ش: بأن أثر الضرب فيه حتى صار مهزولاً ، وقلت قيمته بتغير أثر الضرب م: (**فهو مختار إذا كان عالماً بالجناية ؛ لأنه**) ش: أي لأن المولى م: (**حبس جزءاً منه**) ش: أي من العبد ، فصار كما لو حبس الكل م: (**وكذا**) ش: أي يكون مختاراً م: (**إذا كانت بكراً فوطئها ، وإن لم يكن معلقاً لما قلنا**) ش: من الإعلاق ، وقيد به لإثبات الفرق بين وطء البكر والثيب ، حيث توطأ بدون الإعلاق لا يصير مختاراً للفداء في ظاهر الرواية ، قاله الكاكي .

م: (**بخلاف التزويج**) ش: أي لا يكون مختاراً للفداء بالتزويج م: (**لأنه عيب من حيث الحكم**) ش: ولكنه ليس ينقص حقيقة وحكماً ، وهو ظاهر م: (**وبخلاف وطء الثيب**) ش: أي لا يكون مختاراً للفداء بوطء الثيب م: (**على ظاهر الرواية**) ش: وروي عن أبي يوسف : أن الوطء اختيار كالثيب ، وبه قال زفر م: (**لأنه**) ش: أي لأن وطء الثيب م: (**لا ينقص من غير إعلاق ، وبخلاف الاستخدام**) ش: أي لا يكون مختاراً للفداء أيضاً م: (**لأنه**) ش: أي لأن الاستخدام م: (**لا**

يختص بالملك، ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ، ولا يصير مختاراً بالإجارة والرهن في الأظهرمن الروايات . وكذا بالإذن في التجارة وإن ركبه دين ، لأن الإذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله ؛ لأن الدين لحقه من جهة المولى فلزم المولى قيمته . قال : ومن قال لعبده : إن قتلت فلاناً أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء إن فعل ذلك . وقال زفر -رحمه الله- :لا يصير مختاراً للفداء ، لأنه وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده ، وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك ، كذا هذا .

يختص بالملك) ش: فلا يدل على اختيار الملك .

م: (ولهذا) ش: أي ولكون الاستخدام لا يختص بالملك م: (لا يسقط به خيار الشرط) ش: فيما إذا كان العبد المشروط فيه الخيار استخدمه المشتري فخياره باق ، حتى لو هلك في الخدمة لا ضمان عليه ، وكذا لو كان عليه دين في استخدامه فهلك لا يضمن للغرماء .

م: (ولا يصير مختاراً بالإجارة والرهن في الأظهرمن الروايات) ش: لأن الإجارة تنقص بالأعذار ، فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذراً في نقص الإجارة والرهن يمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء ، فلم يتحقق عجزه دون الدفع ، وقوله« في الأظهر» احتراز عما ذكر ، ذكر في بعض نسخ الأصل : أنه يكون مختاراً في الإجارة والرهن ، لأنه أثبت عليه يداً مستحقة ، وصار كالبيع .

م: (وكذا بالإذن في التجارة) ش: يعني لا يكون مختاراً لأنه لا يعجزه عن الدفع م: (وإن ركبه دين) ش: كلمة« إن» واصلة بما قبلها م: (لأن الإذن لا يفوت الدفع) ش: لقيام ملكه م: (ولا ينقص الرقبة إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله ؛ لأن الدين لحقه من جهة المولى فلزم المولى قيمته) ش: لأنه لما أبطل الدفع من حين اختياره توجبت القيمة .

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير» : م: (ومن قال لعبده : إن قتلت فلاناً أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء إن فعل ذلك) ش: تلك الأفعال م: (وقال زفر-رحمه الله- : لا يصير مختاراً للفداء ، لأنه وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده ، وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً ، ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك) ش: أي اليمين الموجودة بعد تعليق العتاق والطلاق بالشرط م: (كذا هذا) .

ولنا : أنه علق الإعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز ، فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية ، ألا ترى أن من قال لامرأته: إن دخلت الدار فوالله لا أقربك ، يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول . وكذا إذا قال لها : إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض ، بخلاف ما إذا أورد لأن غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه ، إذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ، ولأنه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إليه ، والظاهر أنه يفعله ، فهذا دلالة الاختيار . قال : وإذا قطع العبد يد رجل عمداً فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية ، وإن كان لم يعتقه

م: (ولنا : أنه علق الإعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز) ش: عند وجوده م: (فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية) ش: أي فصار كأن العبد قتل رجلاً خطأ ، [. . .] المعلق المولى فأعتقه بعد ذلك يكون مختاراً للفداء ، فكذا هذا .

ثم أوضح ذلك بقوله : م: (ألا ترى أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول) ش: لأن من وقت القول ، فكذا هنا يصير كأنه أعتقه بعد الجناية وهو يعلم بذلك .

م: (وكذا إذا قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً) ش: فترث المرأة م: (لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض) ش: لأنه لما أضاف الطلاق إلى المرض صار كأنه طلقها بعد مرضه م: (بخلاف ما إذا أورد لأن غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه، إذ اليمين للمنع) ش: لأنه غرض أراد من يمينه المنع م: (فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه) ش: لأنه لا يقدر على الامتناع مما علقه قبل الحلف ، فلم يكن ذلك داخلاً تحت يمينه ، ولم يكن ذلك مراداً بيمينهم ، بل كان المراد منها ما يمكن الامتناع عنه مما يحدث في المستقبل فلم يرد ذلك علينا .

م: (ولأنه) ش: دليل آخر ، أي ولأن المولى م: (حرضه) ش: أي حرض العبد م: (على مباشرة الشرط) ش: وهو القتل أو الرمي أو الشج م: (بتعليق أقوى الدواعي إليه) ش: أي الشرط وهو الحرية م: (والظاهر أنه يفعله) ش: رغبة منه في الحرية م: (فهذا دلالة الاختيار).

م: (قال) ش: أي محمد في« الجامع» : م: (وإذا قطع العبد يد رجل عمداً فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه) ش: أي المجني عليه م: (ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية ، وإن كان لم يعتقه

رده على المولى ، وقيل للأولياء : اقتلوه أو اعفوا عنه . ووجه ذلك ، وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلاً ؛ لأن الصلح كان عن المال ؛ لأن أطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين أطراف الحر ، فإذا سرى تبين أن المال غير واجب ، وإنما الواجب هو القود ، فكان الصلح واقعاً بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة ، كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما إذا أعتقه ؛ لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح ؛ لأن الظاهر : أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ، ولا صحة له إلا أن يجعل صلحاً عن الجناية وما يحدث منها . ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به ؛ لأنه لما رضي يكون العبد عوضاً عن القليل يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير ، فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء ، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء ، والصلح الأول وقع باطلاً فيرد

رده على المولى ، وقيل للأولياء : اقتلوه أو اعفوا عنه . ووجه ذلك) ش: يريد به بيان الفرق بينهما إذا أعتق وبينهما إذا لم يعتق م: (وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح) ش: أي الدفع م: (وقع باطلاً) ش: وسماه صلحاً بناء على ما اختاره بعض المشايخ ، أن الموجب الأصلي هو الفداء ، فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به ، وإنما وقع باطلاً م: (لأن الصلح كان عن المال ؛ لأن أطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين أطراف الحر ، فإذا سرى تبين أن المال غير واجب، وإنما الواجب هو القود) ش: أي القصاص م: (فكان الصلح واقعاً بغير بدل فبطل) ش: لأن الذي كان وقع الصلح عنه وهو المال قد زال ، والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل م: (والباطل لا يورث الشبهة ، كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه) ش: فإنه لا يصير شبهة لدرء الحد م: (فوجب القصاص) .

م: (بخلاف ما إذا أعتقه ؛ لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح ؛ لأن الظاهر) ش: من حال المعقد له م: (أن من أقدم منهم على تصرف يقصد تصحيحه) ش: لإظهار الصحيح قراراً من الباطل م: (ولا صحة له) ش: لهذا الصلح م: (إلا أن يجعل صلحاً عن الجناية وما يحدث منها) ش: فيجعل مصالحاً عن ذلك فبقي الإقدام على الإعتاق .

م: (ولهذا لو نص عليه) ش: أي على أن يكون العبد صلحاً عن الجناية وما يحدث منها م: (ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به ؛ لأنه لما رضي يكون العبد عوضاً عن القليل) ش: وهو اليد م: (يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير) ش: وهو السراية إلى النفس م: (فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء ، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء ، والصلح الأول وقع باطلاً فيرد

العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل . وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمداً فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك ، قال :العبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية ، وهذا الوضع يرد إشكالاً فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك ، وههنا قال يجب ، قيل: ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعاً على القياس والاستحسان ، وقيل : بينهما فرق ، ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهراً ؛ لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهراً ، فبعد ذلك وإن بطل حكمًا يبقى موجوداً حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص .

أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية ، بل يقررها حيث صالح عنها على مال ،

العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل ، وذكر في بعض النسخ) ش: أي نسخ «الجامع الصغير» ، وبه صرح فخر الإسلام في «جامعه» وصاحب «الكافي» فيه : م: (**رجل قطع يد رجل عمداً فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك ، قال**) ش: أي المصنف : م: (**العبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية**) ش: يعني وإن لم يعتقه رد إلى مولاه ، ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو م: (**وهذا الوضع**) ش: قيل :إن الموضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة .

وقال الأترازي : أي وضع «الجامع الصغير » في النسخة المعروفة ، وفي النسخة الأخرى جميعاً م: (**يرد إشكالاً**) ش: في هذه المسألة وهي قوله : م: (**فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك**) ش: يعني ثمة هل تجب الدية لكون العفو عن اليد شبهة ؟

م: (**و ههنا**) ش: أي في هذه المسألة م: (**قال يجب**) ش: أي القصاص ، وهذا وجه الإشكال، ثم أشار المصنف إلى وجه دفع هذا الإشكال بقوله : م: (**قيل :ما ذكر ههنا**) ش: من وجوب القصاص م: (**جواب القياس**) ش: وما ذكر هناك جواب الاستحسان م: (**فيكون الوضعان جميعاً على القياس**) ش: في الأول م: (**والاستحسان**) ش: في الثاني فاندفع التدافع ، وحصل التوافق .

م: (**وقيل: بينهما فرق**) ش: أي بين الوضعين فرق ظاهر ، يعني : بين هذه المسألة ومسألة العفو عن اليد حيث وجب القصاص هنا ولم يجب ثمة ، بل وجبت الدية .

م: (**ووجهه**) ش: أي وجه الفرق م: (**أن العفو عن اليد صح ظاهراً ؛ لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهراً**) ش: ويبطل به الجناية ، لأن العفو عنها يبطله م: (**فبعد ذلك وإن بطل حكماً**) ش: أي حكم العفو بالسراية م: (**يبقى موجوداً حقيقة، فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص. أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية ، بل يقررها حيث صالح عنها على مال**) ش: وجب القصاص ،

فإذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة ، هذا إذا لم يعتقه ، أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل . قال : وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان ، قيمة لصاحب الدين ، وقيمة لأولياء الجناية لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد : الدفع للأولياء ، والبيع للغرماء ، فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالإتلاف ،

ومعنى قوله م: **(فإذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة)** ش: يعني القصاص .

م: **(هذا)** ش: الذي ذكرناه م: **(إذا لم يعتقه ، أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل)** ش: وهو قوله لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح .

م: **(قال)** ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: **(وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية)** ش: قيد بعدم العلم ليبني عليه م: **(فعليه)** ش: أي فعلى المولى م: **(قيمتان ، قيمة لصاحب الدين ، وقيمة لأولياء الجناية)** ش: وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية ومالك م: **(لأنه)** ش: أي لأن المأذون م: **(أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد : الدفع للأولياء ، والبيع للغرماء ، فكذلك عند الاجتماع)** ش: أي اجتماع الحقين م: **(ويمكن الجمع بين الحقين)** ش: هذا جواب عما يقال : لا يلزم من كون كل واحد منهما مضموناً بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع يجوز أن يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الإتلاف وارد عليهما .

وتقرير الجواب: الجمع بينهما ممكن م: **(إيفاء)** ش: أي من حيث الإيفاء م: **(من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما)** ش: أي يضمن المولى القيمتين م: **(بالإتلاف)** ش: والأصل أن العبد إذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء ، فإن دفع في دين الغرماء ، فإن فضل شيء كان لأصحاب الجناية ، وإنما بدأنا بالدفع لأنه به يوفى الحقين ، فإن حق ولي الجناية يصير وفي بالدفع ، ثم يباع بعده لأرباب الديون ، ومتى بدأنا ببيعه في الدين تعذر الدفع بالجناية ، لأنه تجدد للمشتري الملك ولم يوجد في مدة جنايته .

فقيل : ما فائدة الدفع إذا كان البيع بالدين بعده واجباً ؟ وأجيب : بأنها إثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين ، فإن للناس في الأعيان أغراضاً ، وإنما لم يبطل الدين لحدوث الجناية ، لأن موجبها صيرورته حراً ، فإذا كان مشغولاً وجب دفعه مشغولاً ، ثم إذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف إلى أولياء الجناية ، لأنه بيع على ملكهم ، فإن لم يثبت بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الأول ، وإنما قيد المسألة بعدم العلم

بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء؛ لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق ؛ لأنه دونه . وههنا يجب لكل واحد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما . قال : وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت ، فإنه يباع الولد معها في الدين ، وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها، والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء ، فيسري إلى الولد كولد المرهون ، بخلاف الجناية ؛ لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها ، وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي

ليبني عليه كما قلنا ، وهو قول المصنف فعليه قيمتان ، لأنه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية إذا كانت الجناية في النفس لأوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين ، لأن الإعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الأرش دون القيمة .

م: (**بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي**) ش: أي إذا أتلف العبد المأذون أجنبي لا يضمن للغرماء م: (**حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء؛ لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق ؛ لأنه دونه**) ش: أي لأن الحق دون الملك ، يعني لا يضمن الأجنبي سوى قيمة العبد .

م: (**وههنا يجب لكل واحد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران**) ش: أي فلا ترجيح لأحدهما على الآخر ، لأن حقهما مرجوع بالنسبة إلى ملك المولى ، فلا يظهر حكمهما م: (**فيضمنهما**) ش: أي فيضمن الولي الإعتاق لصاحب الدين وولي الجناية ، لأنه أتلف حقهما .

م: (**قال**) ش: أي محمد في « الجامع الصغير» : م: (**وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت**) ش: أي من زوجها م: (**فإنه يباع الولد معها في الدين ، وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها**) ش: أي مع الأم الأمة م: (**والفرق**) ش: بين المسألتين م: (**أن الدين وصف حكمي فيها**) ش: أي في الأمة م: (**واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء**) ش: أي من حيث الاستيفاء ، يعني صار المولى ممنوعاً من التصرف في رقبتها ببيع أو غيرهما ، فكانت من الأوصاف الشرعية إلقاء في الأم م: (**فيسري إلى الولد كولد المرهون**) ش: أي كولد الجارية المرهونة ، فإنه يباع مع أمه .

م: (**بخلاف الجناية**) ش: حيث لم يدفع الولد معها م: (**لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها**) ش: أي في ذمة الأمة ورقبتها خالية عن الحق فلا يتعلق بالولد م: (**وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي**) ش: الحسي .

وهو الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية قال :وإذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعتقه فقتل العبد ولياً لذلك الرجل خطأ فلا شيء له ؛ لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى ، إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة . قال : وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد ، وقال الآخر: قتلته وأنت حر ، فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان ، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه ، والوجوب في جناية العبد على المولى دفعاً أو فداءً ، وصار كما إذا قال البالغ العاقل : طلقت امرأتي وأنا صبي ، أو بعت داري وأنا صبي ، أو قال :طلقت امرأتي وأنا مجنون ، أو بعت داري وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفاً ،

م: (**وهو الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية**) ش: أي سراية الحكم من الأم إلى الولد في الوصف الشرعي لا الحقيقي من وجوب الدفع أثر الفعل الحقيقي ، فلذلك لم يسر إلى الولد ، ولهذا لو كانت الأمة سوداء لا يلزم أن يكون ولدها أسود .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في « الجامع الصغير » : م: (**وإذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعتقه فقتل العبد ولياً لذلك الرجل خطأ فلا شيء له**) ش: أي الذي زعم أنه أعتقه لا قليل ولا كثير م: (**لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى**) ش: أي وادعى أيضاً إبراء العبد وإبراء المولى ، لأن الإنسان مؤاخذ بزعمه م: (**إلا أنه**) ش: أي غير أن هذا الزاعم م: (**لا يصدق على العاقلة من غير حجة**) ش: فلا يكون له شيء أصلاً .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في « الجامع الصغير » م: (**وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد ، وقال الآخر : قتلته وأنت حر ، فالقول قول العبد**) ش: ، أي مع يمينه بالإجماع . وقال الشافعي وأحمد -رحمهما الله-: فيه وجهان ، أحدهما وهو نص الشافعي -رحمه الله- أن القول للمولى مع يمينه ، والثاني: أن القول للجاني م: (**لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة**) ش: أي معلومة م: (**منافية للضمان ، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه ، والوجوب في جناية العبد على المولى دفعاً أو فداء**) ش: أي من حيث الدفع إلى ولي الجناية ، ومن حيث الفداء ، واعترض بأن العبد قد ادعى تاريخاً سابقاً في إقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله .

وأجيب : بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الإقرار ، وها هنا هو منكر لأصله، فصار كمن يقول لعبده أعتقتك قبل أن تخلق أو أخلق .

م: (وفصار) ش: أي حكم هذا م: (**كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي ، أو بعت داري وأنا صبي ، أو قال : طلقت امرأتي وأنا مجنون أو بعت داري وأنا مجنون ، وقد كان جنونه معروفاً**

كان القول قوله لما ذكرنا . قال :ومن أعتق جارية ثم قال لها : قطعت يدك وأنت أمتي ، وقالت : قطعتها وأنا حرة فالقول قولها ، وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحساناً ،وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله-. وقال محمد : لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه يؤمر برده عليها لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى، وكما في الوطء والغلة ، وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة ، والقول قول المنكر ، فلهذا يؤمر بالرد إليها . ولهما :أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله ، كما إذا قال لغيره : فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ، ثم فقئت وقال المقر له : لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة

كان القول قوله لما ذكرنا) ش: أشار به إلى قوله« لما أنه أسنده » إلى حالة معهودة منافية للضمان ، لأن الصبي والمجنون ينافي ذلك . وكذا إذا قال : أقررت بهذا المال لفلان وأنا صبي ، وقال المقر له : بل أقررت وأنت بالغ فالقول قول المقر ، لأن الصبي ينافي وجوب الإقرار .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في « الجامع الصغير» : م: (ومن أعتق جارية ثم قال لها: قطعت يدك وأنت أمتي ، وقالت : قطعتها وأنا حرة فالقول قولها ، وكذالك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة) ش: بأن قال جامعتك وأنت أمتي، أو قال : أخذت منك غلة عملك وأنت أمتي ، فقالت: بل كان ذلك بعد العتق فإن القول للمولى م: (استحسانًا) ش: أي من حيث الاستسحان م: (وهذا) ش: أي كون القول للمولى م: (عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله-) .

م: (وقال محمد -رحمه الله-: لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه) ش: أي لا يضمن المولى إلا إذا أقر بأخذ شيء بعينه والمأخوذ قائم في يده ، واختلف فيه على هذا الوجه أجمعوا فيه م: (يؤمر برده عليها) ش: وبقول محمد قال زفر -رحمه الله- م: (لأنه) ش: أي لأن المولى م: (منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى) ش: أشار بها إلى قوله : وإذا أعتق العبد فقال للرجل : قتلت أخاك خطأ وأنا عبد ، وقال الآخر: قتلته وأنت حر فالقول قول العبد .

م: (وكما في الوطء والغلة ، وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة ، والقول قول المنكر، فلهذا يؤمر بالرد إليها . ولهما) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- م: (أنه) ش: أي أن المولى م: (أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله ، كما إذا قال لغيره : فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة، ثم فقئت) ش: يريد به براءته عن ضمان العين قصاصاً وأرشاً م: (وقال المقر له : لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة) ش: يدعي وجوب نصف الدية عليه لما أن العضو التالف إن كان صحيحاً ثم سقط يسقط القصاص

فإن القول قول المقر له ، وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان ؛ لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة ، وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن ، بخلاف الوطء والغلة ؛ لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر . وكذا إذا أخذه من غلتها ، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحمل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان .قال : وإذا أمر العبد المحجور عليه صبياً حراً بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية ؛ لأنه هو القاتل حقيقة ، وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل ،

ولم يدخل حق التلف إلى الأرش ، لأنه حقه ابتداء في القصاص من غير تخير عندنا خلافاً للأئمة الثلاثة ، لكن ذكر في « الإيضاح » و« الذخيرة » : لا قصاص في العين إذا فقئت عمداً أو خطأ ، وإنما يجب القصاص إذا كانت قائمة وذهب ضوؤها .

وفي « المستصفى » : لا قصاص في الحدقة ، إنما القصاص إذا ضربها وذهب ضوؤها ، ولكن ذكر في « الذخيرة » بعد ذكر هذه الروايات إلى « الأجناس » : أنه لو ضرب غير إنسان بإصبع ضربة حقيقة فذهب ضوؤها وجد بعد ذلك ففيه القصاص ، يحمل ما ذكر في الكتاب على تلك الرواية م: **(فإن القول قول المقر له ، وهذا)** ش: يشير به إلى قوله أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه ، فلا يكون القول له م: **(لأنه)** ش: أي لأن المقر م: **(ما أسنده)** ش: أي ما أسند سبب الضمان وهو الأخذ أو القطع م: **(إلى حالة منافية للضمان ؛ لأنه يضمن يدها)** ش: أي يد الأمة م: **(لو قطعها وهي مديونة)** ش: أي والحال أنها مديونة .

م: **(وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن)** ش: أي والحال أنه مستأمن . وقال الأكمل -رحمه الله- : هذا ليس له تعلق مما نحن فيه من مسألة القطع ، لكنه ذكره بياناً لمسألة أخرى ، صورتها : مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال حربي ثم أخرجا إلينا ، فقال له المسلم أخذت منك مالاً وأنت حربي فقال : لا بل أخذت مني وأنا مسلم فإنها على الخلاف .

م: **(بخلاف الوطء والغلة)** ش: هذا يتصل بقوله : « كما في الوطء والغلة » وهو جواب عما قاسه محمد -رحمه الله- م: **(لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر)** ش: وكذا وطء الأمة المرهونة لا يوجب العقر م: **(وكذا إذا أخذه من غلتها ، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحمل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان)** ش: أي للضمان .

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله- في « الجامع الصغير » : م: **(وإذا أمر العبد المحجور عليه صبياً حراً بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية ؛ لأنه هو القاتل حقيقة ، وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل)** ش: وسواء كان أيضاً مأذوناً أو مكاتباً ، وقيد بأن يكون الصبي حراً ، لأنه لو كان عبداً فمولاه مخير بين الدفع والفداء .

ولا شيء على الآمر. وكذا إذا كان الآمر صبياً لأنهما لا يؤخذان بأقوالهما ؛ لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع ، وما اعتبر قولهما ، ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبداً ويرجعون على العبد الآمر بعد الإعتاق لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال ، لا لنقصان أهلية العبد ، بخلاف الصبي ؛ لأنه قاصر الأهلية . قال : وكذلك إن أمر عبداً ، معناه : أن يكون الآمر عبداً والمأمور عبداً محجوراً عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ولا رجوع له على الأول في الحال ، ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد ؛ لأنه غير مضطر في دفع الزيادة ، وهذا إذا كان القتل خطأ ، وكذا إذا كان عمداً والعبد القاتل صغيراً ؛ لأن عمده خطأ ، أما إذا كان كبيراً يجب القصاص لجريانه بين الحر

ثم بعد الدفع والفداء يرجع مولاه على المحجور الآمر بعد الإعتاق بقيمة عبده ، إشارة إلى ما ذكره قبيل فصل الجنين م: (**ولا شيء على الآمر ، وكذا إذا كان الآمر صبياً لأنهما لا يؤخذان بأقوالهما؛ لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع ، وما اعتبر**) ش: أي الشرع م: (**قولهما ، ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبداً ، ويرجعون على العبد الآمر بعد الإعتاق**) .

وفي «النهاية»: وفي هذه الرواية ضعف ، لأنه ذكر في «الجامع المحبوبي» و«التمرتاشي»: ولا رجوع لهم على العبد لا في الحال ، ولا بعد العتق . وإذا كان العبد المأذون في التجارة ، لأن هذا الضمان ليس بضمان الغصب ، لأن الحر لا يغصب ، وإنما هو ضمان جناية ، وجناية العبد لا تلزمه بعد العتق ، وكذا ذكر في «المغني» محالاً إلى [. . .] لذا نعلم أن ما ذكر في الكتاب نوع ضعف لمحالة هذه الروايات .

م: (**لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال ، لا لنقصان أهلية**) ش: أي لأن عدم الاعتبار لحق الولي ، وقد زال لنقصان أهلية : م: (**العبد بخلاف الصبي لأنه قاصر الأهلية**) ش: وقد زال حق المولى بعد العتق فيؤخذ لزوال المانع ، وفي الصبي لم يعتبر قوله لقصور أهليته .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير»: م: (**وكذلك إن أمر عبداً**) ش: أي وكذلك الحكم إن أمر العبد المحجور عليه ، أشار إليه المصنف بقوله: م: (**معناه أن يكون الآمر عبداً والمأمور عبداً محجوراً عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ، ولا رجوع له على الأول في الحال ، ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد ؛ لأنه غير مضطر في دفع الزيادة**) ش: أي لا ضرورة في إعطاء الزيادة لأنه يتخلص عن عهدة الضمان باعتبار الأقل من الفداء وقيمة العبد ، لأنه إنما أتلف بأمره ما هو الأقل منها م: (**وهذا**) ش: أي الذي ذكرنا م: (**إذا كان القتل خطأ ، وكذا إذا كان عمداً والعبد القاتل**) ش: أي وكذا الحكم إذا كان القتل عمداً والحال أن العبد هو القاتل ، وكان م: (**صغيراً ؛ لأن عمده خطأ ، أما إذ كان كبيراً يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد**) .

والعبد . قال : وإذا قتل العبد رجلين عمداً ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما ، فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم ؛ لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالاً فصار كما لو وجب المال من الابتداء ، وهذا لأن حقهم في الرقبة أو في عشرين ألفاً وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف . فإن كان قتل أحدهما عمداً والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد ، فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفاً، خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي الخطأ ؛ لأنه لما انقلب العمد مالاً كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف ، وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر ألفاً ، وإن دفعه، دفعه إليهم أثلاثاً ، ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة-رضي الله عنه تعالى- . وقالا: يدفعه أرباعاً ثلاثة أرباعه لوليي الخطأ وربعه لوليي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة ، فيسلم النصف لوليي الخطأ بلا منازعة ، واستوت منازعة

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير» : م: (وإذا قتل العبد رجلين عمداً ، ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما ، فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم ؛ لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالاً ، فصار كما لو وجب المال من الابتداء) ش: ولو وجب المال في بداية الأمر بسبب القتيلين لكان بالنصف فكذا هنا .

م: (وهذا لأن حقهم) ش: أي حق الأولياء م: (في الرقبة أو في عشرين ألفاً وقد سقط نصيب العافيين) ش: من الأولياء الأربعة م: (وهو النصف وبقي النصف ، فإن كان قتل أحدهما عمداً) ش: أي فإن قتل أحد الرجلين عمداً م: (والآخر) ش: أي وقتل الرجل الآخر

م: (خطأ فعفا أحد وليي العمد ، فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفاً ، خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد ، وعشرة آلاف لوليي الخطأ ؛ لأنه لما انقلب العمد مالاً كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف ، وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء) ش: لأنه يجب في الذمة ، والذمة صالحة أن يثبت فيها أموال كثيرة م: (فيجب خمسة عشر ألفاً ، وإن دفعه ، دفعه إليهم أثلاثاً ، ثلثاه لوليي الخطأ ، وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة -رضي الله تعالى عنه-) .

م: (وقالا : يدفعه أرباعاً ، ثلاثة أرباعه لوليي الخطأ ، وربعه لوليي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة ، فيسلم النصف لوليي الخطأ بلا منازعة) ش: وبقي النصف الآخر م: (واستوت منازعة

الفريقين في النصف الآخر، فيتنصف ، فلهذا يقسم أرباعاً، وعنده : يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثاً ، لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون ، فيضرب هذان بالكل ، وذلك بالنصف ، ولهذه المسألة نظائر وأضداد ذكرناها في «الزيادات» . قال: وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما أي قريباً لهما فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة-رحمه الله- وقالا: يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر ، أو يفديه بربع

الفريقين في النصف الآخر) ش: وكل واحد من ولي الخطأ وشريك العافي يدعيه م: **(فيتنصف)** ش: أي فيجعل هذا النصف بينهما نصفين.

م: **(فلهذا يقسم أرباعاً)** ش: أي فلأجل هذا كانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعًا ، ومعنى المنازعة أن كل جزء وقع من دعوى قد سلم للآخر بلا منازعة . وقال الفقيه أبو الليث في شرح «الجامع الصغير» : وفي قول زفر: لصاحب الخطأ النصف ، ولصاحب العمد الذي لم يبق الربع ، وبقي الربع للمولى .

م: **(وعنده)** ش: أي وعند أبي حنيفة : م: **(يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثاً)** ش: ومعنى العول أن يضرب كل واحد منهم بسهمه فيجمع السهام كلها ويقسم السهام على مبلغ السهام ألفين .

م: **(لأن الحق تعلق بالرقبة)** ش: لأن أصل حقها ليس في غير العبد ، بل في أرش الذي هو بدل المتلف ، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة ، ولهذا لأن حق ولي الخطأ في عشرة آلاف وحق الشريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته .

م: **(أصله)** ش: أي أصل أبي حنيفة : م: **(التركة المستغرقة بالديون)** ش: كما لو كانت ألفاً ولرجلين على الميت ثلاثة آلاف ، لأحدهما ألف والآخر ألفان ، فإن التركة تقسم بينهما بطريق العول المضاربة أثلاثاً فثلثا التركة لصاحب الألفين ، وثلثها لصاحب الألف م: **(فيضرب هذان)** ش: أي ولي الخطأ.

م: **(بالكل وذلك)** ش: أي ولي العمد م: **(بالنصف)** ش: أي يضرب بالنصف م: **(ولهذه المسألة نظائر)** ش: أي أمثال م: **(وأضداد)** ش: يعني خلافهم: **(ذكرناها في «الزيادات »)** ش: أي في كتاب «الزيادات» [من] تصنيفه ، وقد مضى في كتاب «الدعوى» بشيء مما ذكر في« الزيادات» في باب ما يدعيه رجلان.

م: **(قال)** ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: **(وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما،أي قريباً لهما)** ش: كأخيهما أو عمهما م: **(فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة -رحمه الله-)** ش: أي بطل الدم كله عنده م: **(وقالا : يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر ، أو يفديه بربع**

الدية ، وذكر في بعض النسخ قتل ولياً لهما، والمراد القريب أيضاً . وذكر في بعض النسخ قول محمد -رحمه الله-مع أبي حنيفة-رحمه الله- . وذكر في «الزيادات » عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا أحد الابنين بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله-، وعند أبي يوسف -رحمه الله-الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية . لأبي يوسف -رحمه الله-: أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له ، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالاً غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ، والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالاً ، وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع ، فلهذا يقال : ادفع نصف نصيبك أو افتده بربع الدية . ولهما : أن ما يجب من المال يكون حق المقتول ، لأنه بدل دمه ، ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ، ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده ديناً فلا تخلفه الورثة فيه .

الدية وذكر في بعض النسخ) ش: « الجامع الصغير» .

م: (قتل ولياً لهما) ش: والولي القريب والمولى م: (والمراد القريب أيضًا) ش: وقال الله تعالى: ﴿وإني خفت الموالي من ورائي﴾ (سورة مريم: الآية ٥)، والمولى ابن العم والعصبة ، والجمع موالي ، كذا في التفسير . وقال الأترازي: ويحتمل أنه أراد به المعتق الذي أعتقاه ، فصارا عصبة له بالولاء ، وقد ذكره فخر الإسلام .

م: (وذكر في بعض النسخ) ش: « الجامع الصغير» م: (قول محمد -رحمه الله- مع قول أبي حنيفة-رحمه الله- وهو الأشهر) ش: ذكر في بعض النسخ أي نسخ «الجامع »قول محمد مع قول أبي حنيفة-رحمهما الله - وقال القدوري في كتاب« التقريب »: ويراد الصحيح أنه مع أبي حنيفة ، لا قول محمد مع أبي حنيفة .

[. . . . .]

* * *

فصل

ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم ، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضي له بعشرة آلاف إلا عشرة ، وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- . وقال أبو يوسف والشافعي -رحمهما الله- تجب قيمته بالغة ما بلغت . ولو غضب عبداً قيمته عشرون ألفاً فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع . لهما : أن الضمان بدل المالية ، ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية . ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد ،

م: (فصل)

ش: أي هذا فصل في أحكام الجناية على العبد . ولما فرغ من جنايته على غيره شرع في حكم الجناية عليه، وقدم الأول لأن الفاعل متقدم على المفعول .

م: **(ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم ، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضي له بعشرة آلاف إلا عشرة ، و في الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة)** ش: أي هنا لفظ القدوري . وقال المصنف : م: **(وهذا عند أبي حنيفة ومحمد-رحمهما الله-)** ش: وبه قال النخعي والشعبي والثوري وأحمد في رواية .

م: **(وقال أبو يوسف والشافعي-رحمهما الله- : تجب قيمته بالغة ما بلغت)** ش: وبه قال مالك وأحمد ، وهو قول سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وعمر بن عبد العزيز والزهري وإسحاق ومكحول وإياس بن معاوية والحسن .

وقال الكرخي : وروي عن علي وابن عمر وابن عباس-رضي الله تعالى عنهم- : فيه القيمة بالغاً ما بلغ م: **(ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع)** .

م: **(لهما)** ش: أي لأبي يوسف والشافعي : م: **(أن الضمان بدل المالية ، ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية)** ش: لا من حيث الآدمية ، فلو كان الضمان بدل الدم لوجب الضمان للعبد ، لأنه في حق الدم مبني على أصل الحرية .

م: **(ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد)** ش: ذكرت هذا أيضًا على سبيل الإيضاح عطفًا على قوله : « يجب للمولى»، يعني أن بقاء العقد باعتبار المالية لا باعتبار الآدمية ، دل على أن الضمان بدل المالية . بيان هذه المسألة كما قاله القدوري في كتاب «التقريب» : قال أبو يوسف : إذا قتل المبيع في يد البائع فاختار المشتري إجازة للبيع كان له القصاص ، وكذلك إذا

وبقاؤه ببقاء المالية أصلاً أو بدلاً ، وصار كقليل القيمة وكالغصب . ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله- قوله تعالى : ﴿ ودية مسلمة إلى أهله ﴾ (النساء :الآية ٩٢) ، أوجبها مطلقاً وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولأن فيه معنى الآدمية متى كان مكلفاً وفيه معنى المالية ، والآدمية أعلاهما، فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما

اختار فسخ البيع كان للبائع القصاص ، و هذا حفظ عن أبي حنيفة . وقال أبو يوسف: ليس للبائع القصاص .

وروى ابن زياد عنه: لا قصاص للمشتري أيضًا م: **(وبقاؤه)** ش: أي بقاء العقد م: **(ببقاء المالية أصلاً)** ش: يعني إن بقي العين م: **(أو بدلاً)** ش: يعني إن هلكت م: **(وصار)** ش: أي العبد م: **(كقليل القيمة)** ش: يعني لو كان العبد قليل القيمة يجب ذلك القدر ولا يبلغ إلى الدية ، م: **(وكالغصب)** ش: أي وكان كالغضب يعني في الغصب كذلك لا يجب إلا قدر القيمة لا يبلغ إلى الدية

م: **(ولأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- قوله تعالى:﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ (النساء : الآية ٩٢))** ش: وجه الاستدلال به أن الله تعالى م: **(أوجبها)** ش: أي الدية م: **(مطلقًا)** ش: من غير فصل بين الحر والعبد من قتل خطأً م: **(وهي)** ش: أي الدية م: **(اسم للواجب بمقابلة الآدمية)**

ش:تقريره : أن الله تعالى رتب في قتل الخطأ حكمين الكفارة والدية والعبد داخل في حقوق وجوب الكفارة بالإجماع ، فيجب أن يكون في حق الدية كذلك ، لأنه قال : **﴿ومن يقتل مؤمنًا﴾** والعبد مؤمن فيكون ما وجب بقتله الدية ، ولا يجوز الزيادة على النص بالرأي أن المراد حر مؤمن .

م: **(ولأن فيه)** ش: أي في العبد م: **(معنى الآدمية متى كان مكلفاً)** ش: بالإيمان والشرائع التي تجب عليه من الصلاة والصوم والعقوبات م: **(وفيه)** ش: أي في العبد م: **(معنى المالية)** ش: حتى ورد عليه الملك بلا خلاف م: **(والآدمية أعلاهما)** ش: لا محالة .

م: **(فيجب اعتبارها)** ش: أي اعتبار الآدمية م: **(بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما)** ش: أي بين معنى المالية ومعنى الآدمية ، لأنهم أجمعوا على: أن الضمان إما بدل المالية أو بدل الآدمية، والعكس يعني إلى إهدارهما جميعًا ، لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها ، في إهداره الأصل إهدار للبائع وإهدار أحدهما أولى من إهدارهما .

فإن قيل: لا نسلم أن الجمع بينهما متعدد ، بإيجاب القيمة بالغة ما بلغت لوجود الجمع بينهما .

وضمان الغصب بمقابلة المالية ، إذ الغصب لا يرد إلا على المال ، وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمداً ، وإن لم يكن القصاص بدلاً عن المالية ، فكذلك أمر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية ، إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً بخلاف كثير القيمة ؛ لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ، ونقصنا منها في العبد إظهاراً لا نحطاط رتبته وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس -رضي الله عنهما - .

أجيب : بأن الجمع إنما يوجد بإيجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز [. . .] لخروجه عن الإجماع.

م: (وضمان الغصب) ش: هذا جواب عن قولهما وكان كالغصب ، بيانه : أن ضمان الغصب لا يجب إلا م: (بمقابلة المالية ، إذ الغصب لا يرد إلا على المال) ش: وهو ظاهر م: (وبقاء العقد) ش: هذا جواب عن قولهما : لو قتل العبد المبيع ، بيانه: أن بقاء العقد في قتل العبد المبيع م: (يتبع الفائدة) ش: وهي انقلاب القصاص مالاً بالعقد والصلح ، فبقاؤه يدل على أنه يبقى لأجل الفائدة أو هي تمكن المشتري من الصلح والعقر ، وجوب العفو عليه.

م: (حتى يبقى) ش: العقد إيضاح لبيان بقاء العقد لأجل الفائدة ، أي حتى يبقى العقد م: (بعد قتله عمداً وإن لم يكن القصاص بدلاً عن المالية) ش: أي في حق المشتري م: (فكذلك أمر الدية) ش: أي الدية يبقى لفائدة المشتري م: (وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية) ش: يعني أن الواجب في قليل القيمة بدل الآدمية م: (إلا أن لا سمع فيه) ش: أي في قليل القيمة ، لأنه لم يرد فيه شيء

فإن قيل : قوله ﷺ : «ألا إن قتيل خطأ العمد» مطلق يتناول الحر والعبد ، فيكون السماع فيه موجوداً ؟ . قلنا : خص من ذلك الحديث المرأة ، لأنه لا يجب بقتلها مائة من الإبل فيخص العبد منه ، لأن المعنى المخصوص موجود فيه وهو التفاوت في المالية كالتفاوت بين الرجل والمرأة.

م: (فقدرناه بقيمته رأيًا) ش: مقدر بالقليل بقيمة العبد من حيث الرأي ، لأنه يمكن معرفة نقصان بدل نفسه من بدل نفس الحر بالرجوع إلى تقويم المالية ، ولا كذلك في كثير القيمة لأنه تعذر ذلك فيه.

ومعني قوله م: (بخلاف كثير القيمة ؛ لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ، ونقصنا منها في العبد إظهارًا) ش: أي لأجل الإظهار م: (لانحطاط رتبته) ش: أي رتبة العبد عن رتبة الحر م: (وتعيين العشرة) ش: كأنه جواب عما يقال لما قدرتم القليل بالقيمة رأياً فيم قدرتم العشرة في قيمة الحر ؟ فأجاب بأن تعيين العشرة في ذلك م: (بأثر عبد الله بن عباس -رضي الله عنهما -) ش: قال

المخرج : هذا ضعيف .

وقال الأترازي روى القدوري في« شرح مختصر الكرخي» عن عبد الله بن مسعود أنه قال : في قيمة العبد لايزاد على عشرة آلاف إلا عشرة .

وقال الأكمل وغيره : وقع ، في بعض النسخ« ابن عباس» وهو ما روي عنه لا يبلغ قيمة العبد دية الحر ، وينقص منه عشرة دراهم وهو الأصح لموافقته لأكثر النسخ .

وقال الأترازي : ذكر ابن عباس موضع ابن مسعود غيرصحيح ، لأن مذهب ابن عباس مثل قول أبي يوسف رواه الكرخي كذلك .

وقال الأكمل -رحمه الله - : واعترض بماروى : أن عمرو وعلياًوابن عمر-رضي الله تعالى عنهم -أوجبوا في العبد قيمته بالغة ما بلغت .

وأجيب : بأن المروي عن ابن مسعود راجح ، لأن فيه ذكر المقدار وهو ما لا يهتدي إليه العقل ، وليس فيما روي عنه غير ذلك ، بل في قياس سائر الأموال من تبلغ قيمته بالغة ما بلغت ، فكان محمول على أنهم قالوا بالرأي ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة السمع من رسول الله ﷺ ، انتهى .

قلت : روى ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في «مصنفيهما» عن النخعي والشعبي قالا : لا يبلغ قيمة العبد دية الحر .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (**وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة**) ش: أي لا يزاد نصف الحر قيمة العبد في تضمين الجاني على خمسة آلاف درهم منقوصاً منه خمسة دراهم .

وفي «النهاية» هذا خلاف ظاهر الرواية ، لأنه ذكرفي «المبسوط» ففي طرف المملوك يعتبر قيمة المالية فقط . وبهذا لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة إلا أن محمداً قال في بعض الروايات القول بهذا يروى إلى أنه يجب بقطع طرفه ما يجب بقتله الجاني . قال : فلهذا لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب فيه خمسة آلاف إلا خمسة .

وذكر في «الأسرار» : أن جانب المالية أغلب .

وفي« فتاوى الظهيرية »و«جامع المحبوبي» ما يوافق رواية المتن حيث قالا : موضحة العبد مثل موضحة الحر يقضي بخمسمائة درهم إلا نصف درهم . ولو قطع إصبع عبد عمداً أو خطأ

لأن اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله، وينقص هذا المقدار إظهاراً لانحطاط رتبته ، وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد ؛ لأن القيمة في العبد كالدية في الحر ، إذ هو بدل الدم على ما قررنا . وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية . قال : ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك ، فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه وإلا اقتص منه ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -. وقال محمد- رحمه الله - لا قصاص في ذلك ، وعلى القاطع أرش اليد وما نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل الفضل ، وإنما لم يجب القصاص في الوجه الأول لاشتباه من له الحق ؛

وقيمتة عشرة آلاف أو أكثر فعليه عشر الدية إلا درهم ، فكأن الشيخ اختار رواية محمد ، وبه قال الكاكي .

م: (لأن اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله، وينقص هذا المقدار إظهاراً لانحطاط رتبته، وكل ما يقدر من ديه الحر فهو مقدر من قيمة العبد) ش: يعني إذا وجب في الحر كل الدية يجب في العبد كل القيمة ، وكل شيء من الحر يجب فيه نصف الدية ففيه من العبد القيمة .

م: (لأن القيمة في العبد كالدية في الحر ، إذ هو بدل الدم على ما قررنا) ش: أشار به إلى قوله : ولأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - قوله تعالى : ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ (سورة النساء: الآية ٩٢)، أوجبها مطلقاً ، وهو اسم للواجب بمقابلة الآدمية إلى آخر ما قال.

م: (وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا) ش: فيما مضى م: (أن ضمان الغصب ضمان المالية) ش: لأن الغصب يرد عليه من حيث أنه مال لا من حيث إنه آدمي فتعتبر المالية بالغاً قيمتها ما بلغت .

م: (قال) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: (ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه) ش: على القاطع ، أي وإن لم يكن له ورثة غير المولى م: (وإلا اقتص منه) ش: أي من القاتل م: (وهذا) ش: أي المذكور من الحكم م: (عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله -) .

م: (وقال محمد- رحمه الله - : لا قصاص في ذلك ، وعلى القاطع أرش اليد وما نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل الفضل) ش: أي ما في القيمة، وبه قالت الأئمة الثلاثة، إلا أن عندهم تجب قيمته بالغة ما بلغت للسيد ، وعن أحمد في رواية يجب دية الحر اعتباراً بحالة الموت م: (وإنما لم يجب القصاص في الوجه الأول) ش: أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى م: (لاشتباه من له الحق) ش: يعني المستوفى، وجهالته تمنع القصاص.

لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة ، فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء ، فلا يجب على وجه يستوفى ، وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه ؛لأن الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل ؛ لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت ، فإذا اجتمعا زال الاشتباه ، ولمحمد-رحمه الله- في الخلافية وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى : أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك

م: (لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار الحالة الثانية) ش: وهي حالة الموت م: (يكون للورثة، فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء ، فلا يجب على وجه يستوفى) ش: الاشتباه من له الحق م: (وفيه الكلام) ش: أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى.

وقيل : أي في رجوعه يستوفى ، ولا كلام في أصل الوجوب لإفادة الاستيفاء ، وإذا فات مقصوده سقط اعتباره . وقيل : أي في تعذر الاستيفاء . وقيل : أي في تحقق الاشتباه من له القصاص . وقال شيخي العلاء : ووصل شيخي -رحمه الله - بخطه الضمير في« فيه» ، أي تعذر الاستيفاء، وشيخه بهاء الدين الخطابي -رحمه الله .

م: (واجتماعهما لا يزيل الاشتباه) ش: هذا جواب عما يقال سلمناه ، أي من له الحق مشتبه، لكن يزول الاشتباه باجتماعهما . فأجاب : اجتماعهما أي اجتماع المولى والورثه لا يزيل الاشتباه المذكور.

م: (لأن الملكين) ش: أي ملك المولى للقصاص ، فالنظر إلى حالة الجرح وملك الورثة فالنظر إلى حالة الموت م: (في الحالين) ش: أي في حال الجرح وحال الموت مختلف ، فإن الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة بالعكس ، وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يفيد الاجتماع

م: (بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل ؛ لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت ، فإذا اجتمعا زال الاشتباه) ش: حاصله : أن الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة ، والموصى له بالرقبة إذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة ، لأن الرقبة ثابتة لا إلى بدل ، فلا يملك إبطال حق عليه، ولكن إذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه ، فسيتوفي الآخر لزوال الاشتباه.

م: (ولمحمد-رحمه الله- في الخلافية) ش: أي في المسألة المختلف فيها م: (وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى : أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك) ش: أي لأن سبب الولاية الملك م:

على اعتبار إحدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى ، فنزل منزلة اختلاف المستحق فميا يحتاط فيه ، كما إذا قال لآخر: بعتني هذه الجارية بكذا ، فقال المولى : زوجتها منك لا يحل له وطؤها ، ولأن الإعتاق قاطع للسراية ، وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية ، والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص . ولهما : أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه ، وهذا لأن المقضي له معلوم، والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء ، بخلاف الفصل الأول ؛ لأن المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا ، لأن الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسألة ،

(**على اعتبار إحدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى**) ش: أراد بها حالة الموت م: (**فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه**) ش: أي في الأمر الذي لا يثبت الشبهات ، يعني القصاص ونظر لذلك بقوله : م: (**كما إذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا، فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها**) ش: لأن في التزوج يبالي بها باختلاف السبب ولا يبالي به في الأموال ، كما لو أقر بألف من قرض، وقال المقرض له : من ثمن مبيع فإنه يقضى بالألف وإن اختلف السبب ، لأن في الأموال يجري البدل والإباحة فلا يبالي باختلاف السبب .

م: (**ولأن الإعتاق قاطع للسراية ، وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية ، و السراية بلا قطع فيمتنع القصاص**) ش: بين هذا بها دليل آخر ، حاصله أنه كما تلف بآفة سماوية .

فإن قيل: ينبغي أن يجب أرش اليد للمولى لكونه جرحاً بلا سراية؟

أجيب : بأنه لا يجب نظراً إلى حقيقة الجناية وهو القتل ، لأنه إذا سرى تبين أن الجناية قتل لا قطع .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - م: (**أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه ، وهذا لأن المقضي له معلوم**) ش: وهو الولي لأنه لا وارث للعبد غيره م: (**والحكم**) ش: وهو القصاص م: (**متحد فوجب القول بالاستيفاء ، بخلاف الفصل الأولى**) ش: يعني إذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق م: (**لأن المقضي له مجهول**) ش: لأنا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضي له هو الولي ، ولو اعتبرنا حالة الموت كان للورثة .

م: (**ولا معتبر باختلاف السبب ههنا**) ش: أي في الفصل الثاني ، وهو ما إذا لم يكن له ورثة غير المولى م: (**لأن الحكم**) ش: وهو استيفاء القصاص م: (**لا يختلف**) ش: لأنه في الحالين لواحد وهو المولى.

م: (**بخلاف تلك المسألة**) ش: أراد بها المسألة التي قاس عليها محمد ، وهي ما إذا قال : بعتني

لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكماً ، والإعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق ، وذلك في الخطأ دون العمد ؛ لأن العبد لا يصلح مالكاً للمال ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه ، فجاء الاشتباه. أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقي على أصل الحرية فيه ، وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه ، إذ لا وارث له سواه ، فلا اشتباه فيمن له الحق.وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد-رحمه الله- يجب أرش اليد وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا ؛ لأنه حصل على ملكه ويبطل الفضل . وعندهما الجواب في الفصل الأول كالجواب عند محمد -رحمه الله-في الثاني . قال : ومن قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فأوقع

هذه الجارية بكذا ، وقال المولى : زوجتها منك لا يحل له وطؤها م: (لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكماً) ش: لأن ملك النكاح يثبت الحل مقصوداً ، وملك اليمين لا يثبته ، ولو أثبته لم يكن مقصوداً فاختلف الحكم كما اختلف السبب .

م: (والإعتاق لا يقطع السراية لذاته) ش: هذا جواب عن قول محمد : الإعتاق قاطع للسراية معناه : الإعتاق قاطع للسراية في صورة الخطأ دون العمد ، وذلك لأنه لا يقطع السرايةلذاته . م: (بل لاشتباه من له الحق ، وذلك في الخطأ دون العمد ؛ لأن العبد لا يصلح مالكاً للمال) ش: فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق م: (فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه ، فجاء الاشتباه . أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقي على أصل الحرية فيه) ش: ولهذا لم يكن لمولاه أن يسفك دمه بلا حق .

م: (وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه ، إذ لا وارث له سواه ، فلا اشتباه فيمن له الحق . وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد -رحمه الله-) ش: في الفصلين ، أي فيما إذا كان له ورثة عند المولى أو لم يكن له ورثة غيره م: (يجب أرش اليد وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا ؛ لأنه حصل على ملكه ويبطل الفضل) ش: من بقية القيمة .

م: (وعندهما) ش: أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - : م: (الجواب في الفصل الأول) ش: وهو ما إذا كان العبد وارث غير المولى م: (كالجواب عند محمد-رحمه الله- في الثاني) ش: أي في الفصل الثاني ، وهو ما إذا لم يكن له وارث .

م: (قال) ش: أي محمدفي« الجامع الصغير» : م: (ومن قال لعبديه : أحدكما حر ثم شجا فأوقع

العتق على أحدهما فأرشهما للمولى ؛ لأن العتق غير نازل في المعين ، والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ، ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد ، والفرق : أن البيان إنشاء من وجه وإظهار من وجه على ما عرف ، وبعد الشجة بقي محلاً للبيان ، فاعتبر إنشاء في حقهما ، وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان ، فاعتبرناه إظهاراً محضاً ، وأحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر ، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين ؛ لأنا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حراً ، وكل منهما ينكر ذلك ، ولأن القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول ؛ لأنه لا يفيد فائدة، وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف ،

العتق على أحدهما فأرشهما للمولى) ش: أي بين العتق إليهم بالتعيين في أحدهما ، وإنما قال : «فأوقع» ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الأرش ، وإن كان ظهر وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل وغيرهما ، فإنه يتعين العتق في الحي بالموت والعبد لخروج الميت عن محل إيقاع العتق عليه ، والعتق لهم في حق العتق كالنازل عنه البيان ، فلا بد من بقاء المحل.

م: (لأن العتق غير نازل في المعين) ش: لأنه أوقع في المنكر والعتق في المنكر فلا يكون بالعتق نازلاً في المعين م: (والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة) ش: فيكون أرشها للمملوكين .

م: (ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد) ش: لا قيمة عبدين ولا دية حرين م: (والفرق) ش: أي بين قتلهما وشجهما م: (أن البيان إنشاء من وجه) ش: أي في حق المحل م: (وإظهار من وجه على ما عرف) ش: في أصول الفقه أن البيان إنشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للإنشاء ، فلو فات أحدهما وبين المعتق ففيه لا يصلح ،وإظهار من وجه حتى يجبر عليه.

ولو كان إنشاء من كل وجه لما أجبر عليه ،لأن الولي لا يجبر على إنشاء العتق م: (وبعد الشجة بقي محلاً للبيان ، فاعتبر إنشاء في حقهما ، وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان ، فاعتبرناه إظهاراً محضًا ، وأحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر ، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين ؛ لأنا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حراً ، و كل منهما ينكر ذلك) ش: أي من القاتلين ينكر ذلك ، أي ينكر أنه قتل الحر .

م: (ولأن القياس) ش: عطف على قوله : « إن البيان» إنشاء من وجه يريد به الفرق ثانياً بين الشجة والقتل ، يعني أن القياس م: (يأبى ثبوت العتق في المجهول ؛ لأنه لا يفيد فائدة) ش: أي فائدة العتق وهي أهلية الولاية من القضاء والشهادات.

م: (وإنما صححناه) ش: أي العتق نازلاً في أحدهما م: (ضرورة صحة التصرف) ش: أي

وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم ، فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الأطراف فبقي مملوكاً في حقها . قال : ومن فقأ عيني عبد فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته ، وإن شاء أمسكه ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة -رحمه الله-. وقالا : إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه ، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته . وقال الشافعي -رحمه الله-: يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة ؛ لأنه يجعل الضمان مقابلاً بالفائت فبقي الباقي على ملكه ، كما إذا قطع إحدى يديه أو فقأ إحدى عينيه . ونحن نقول : إن المالية قائمة في الذات ، وهي معتبرة في حق الأطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصراً عليه .

تصرف العتق لئلا يلغو كلامه الذي امتاز عن سائر الحيوانات م: **(وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم)** ش: بطريق البيان تعيناً للواقع بأن يظهر ذلك العتق المبهم في أحدهما في واحد منها بعينه ، فإذا كان ثبوت العتق في المنكر ثابتاً بالضرورة .

م: **(فيتقدر بقدر الضرورة وهي)** ش: أي الضرروة م: **(في النفس)** ش: أي في حق النفس م: **(دون الأطراف)** ش: أي دون حق الأطراف .

لأن محل العتق هو النفس لا الأطراف ، إنما يثبت العتق في الأطراف تبعاً للنفس لا مقصوداً م: **(فبقي)** ش: أي العبد م: **(مملوكًا في حقها)** ش: أي في حق الأطراف التي وقعت عليها الشجة على أصل القياس فكان أرشها للمولى .

م: **(قال)** ش: أي محمد في « الجامع الصغير» : م: **(ومن فقأ عيني عبد فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته ، وإن شاء أمسكه ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة -رحمه الله-. وقالا : إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه ، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته)** .

م: **(وقال الشافعي -رحمه الله -: يضمنه كل القيمة)** ش: أي يضمن المالك الفاقئ كل القيمة م: **(ويمسك الجثة)** ش: وبه قال مالك وأحمد م: **(لأنه)** ش: أي لأن الشافعي -رحمه الله- م: **(يجعل الضمان مقابلاً بالفائت)** ش: وهو العينان ، وقدر الشافعي الضمان مثل القيمة م: **(فبقي الباقي على ملكه ، كما إذا قطع إحدى يديه أو فقأ إحدى عينيه)** ش: فإنه يأخذ كل الدية له .

م: **(ونحن نقول : إن المالية قائمة في الذات ، وهي معتبرة في حق الأطراف لسقوط اعتبارها)** ش: أي اعتبار الأطراف م: **(في حق الذات قصراً عليه)** ش: أي اعتبارها في جميع البدن وحده مقتصراً عليه ساقطًا بالإجماع ، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت الأطراف . حاصل الكلام : لا يقال : إن اعتبار المالية مقصوداً على الذات فحسب ، بل المالية في الذات والأطراف جميعاً .

وإذا كانت معتبرة وقد وجد إتلاف من وجه بتفويت جنس المنفعة ، والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعاً للضرر ورعاية للمماثلة ، بخلاف ما إذا فقأ عيني حر لأنه ليس فيه معنى المالية . وبخلاف عيني المدبر لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك ، وفي قطع إحدى اليدين وفقء إحدى العينين لم يوجد فيه تفويت جنس المنفعة . ولهما: أن معنى المالية لما كان معتبراً وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الأموال ، فإن من خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً ، إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته ، وإن شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان . وله : أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالآدمية

م: (وإذا كانت معتبرة وقد وجد إتلاف النفس من وجه) ش: استحقاق ضمان الجناية بالمالية وجب في تفويت اليدين ، أي المعنيين م: (بتفويت جنس المنفعة) ش: وذلك يستدعي الجاني م: (والضمان يتقدر بقيمة الكل) ش: أي الذات والأطراف ، فإذا كان كذلك م: (فوجب أن يتملك) ش: أي الجاني م: (الجثة دفعًا للضرر) ش: لئلا يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، لأنه لا نظير له في الشرع م: (ورعاية للمماثلة) ش: أي ولأجل رعاية المماثلة في دفع الجثة للجاني .

م: (بخلاف ما إذا فقأ عيني حر) ش: هذا جواب عما يقال من جهة الخصم لا يراعون ما قلتم في المالك فقأ عيني حر ، فأجاب بقوله : م: (لأنه ليس فيه معنى المالية) ش: إذ لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد ، وليس فيه إلا ضمان الجناية .

م: (وبخلاف عيني المدبر) ش: إذا فقأهما ليس فيه تسلم الجثة م: (لأنه) ش: أي لأن المدبر م: (لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك) ش: لأنه ملك نفسه من وجه م: (وفي قطع إحدى اليدين) ش: هذا جواب قياس الشافعي المسألة المتنازع فيها على قطع إحدى يدي العبد .

م: (وفقء إحدى العينين) ش: أي أحد عينيه ، فقال : القياس غير صحيح ، لأن في قطع إحدى اليدين . أي إحدى يدي العبد وفقء إحدى العينين ، أي إحدى عينيه م: (لم يوجد فيه تفويت جنس المنفعة) ش: لأن الفائت وهو النصف ، والباقي هو النصف . ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي شرع في بيان استدلال أصحابنا ، اختلفوا فيها فقال : م: (ولهما) ش: أي ولأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - م: (أن معنى المالية لما كان معتبراً وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه) ش: وهو قوله وقالا : إن شاء أمسك العبد إلى آخره ، وبين الملازمة فيه بقوله : م: (كما في سائر الأموال ، فإن من خرق ثوب غيره خرقاً فاحشًا إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته وإن شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان) ش: أي نقصان الثوب بحسب التخريق .

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة -رحمه الله- م: (أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالآدمية

غير مهـدرة فيه وفي الأطراف أيضاً. ألا ترى أن عبداً لو قطع يد عبـد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء ، وهذا من أحكام الآدمية ؛ لأن موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ، ثم من أحكام الأولى أن لا ينقسم على الأجزاء ، ولا يتملك الجثة . ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم .

غير مهدرة فيه وفي الأطراف أيضاً) ش: أي غير مهدرة ، ثم أوضح ذلك بقوله : م: (**ألا ترى أن عبداً لو قطع يد عبـد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء ، وهذا**) ش: أي الدفع أو الفداء م: (**من أحكام الآدمية؛ لأن موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها**) ش: أي في الجناية م: (**ثم من أحكام الأولى**) ش: أي من أحكام الآدمية م: (**أن لا ينقسم على الأجزاء**) ش: أي لا يوزع الضمان على الفائت وعلى الباقي ، بل يكون المولى بمقابلته م: (**ولا يتملك الجثة**) ش: حكماً في عين الحر .

م: (**ومن أحكام الثانية**) ش: أي ومن أحكام المالية : م: (**أن ينقسم**) ش: أي الضمان على الفائت والباقي م: (**ويتملك**) ش: أي المولى م: (**الجثة**) ش:كما في تخريق الثوب . وقال الأترازي : فإن قلت : كيف أراد صاحب «الدراية» بالأولى والآدمية مذكورة بعد المالية ، وكيف أراد بالثانية المالية والمالية مذكورة قبل الآدمية ؟ . ثم قلت : إنما فعل ذلك لأنه دليل الشافعي أولاً ، وهو اعتبر معنى الآدمية ، ثم ذكره دليل أبي يوسف ومحمد وهما اعتبرا المالية ، فكان دفع الأولى والثانية في غير موضعهما .

وقال الكاكي : وإنما قال «الأولى» اعتباراً بالابتداء لا بوضع الكتاب م: (**فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم**) ش: يعني بالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساك الجثة ، كما أنه ليس له ذلك في المال .

وفيما قالا الفاء بجانب الآدمية ، حيث جعلاه كالثوب المحروق ، وفيما قاله الشافعي الفاء بجانب المالية أصلاً حيث جعله كحر فقأ عيناه موقوفاً في الشبهين حظهما . وقلنا : إن شاء المولى دفع عبده وأخذ ثمنه نظراً إلى المالية ، وإن شاء أمسكه ولا شيء نظراً إلى آدميته ، والوسط العدل ما قاله أبو حنيفة ، لأن فيه رعاية الجانبين وتوفير الشبهين .

***

فصل في جناية المدبر وأم الولد

قال : وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى الأقل من قيمته ومن أرشها ، لما روي عن أبي عبيدة -رضي الله عنه- أنه قضى بجناية المدبر على مولاه .

م: (فصل في جناية المدبر وأم الولد)

ش: أي هذا فصل في بيان أحكام جناية المدبر وأم الولد ، ولما ذكر جناية الكامل في المملوكية ، شرع يذكر في جناية من هو نقص فيها وقدم الأول لكماله .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (**وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى الأقل من قيمته ومن أرشها**) ش: وعند الشافعي المدبر كالمعتق في الجناية ، فكان في رقبته ، والمولى يتخير بين أن يدفعه فيباع بالجناية وبين أن يفديه ، فلو أراد الفداء ففيه قولان ، أحدهما : يفديه بأرش الجناية بالغًا ما بلغ ، وهو قول مالك في القن ورواية عن أحمد ، والثاني : يفديه بأقل من قيمته من أرش الجناية .

وقال مالك في المدبر لم يبع في جناية : فيستحقه المجني عليه من يقدرجنايته إن شاء السيد وإن شاء أفدى خدمته بقدر أرش الجناية ، ولو استوفى المجني عليه من خدمته بقدر أرش جنايته رجع إلى سيده مدبراً .

وقال الكرخي في «مختصره» : وجناية المدبر على سيده في ماله دون عاقلته حالة ، ولا يلزم المولى بجناية المدبر أكثر من قيمة واحدة مرة واحدة ، وإن كثرت الأرش وجاوزت إلى مائة ألف فيشترك من جنى عليه المدبر أولاً وآخراً ففاوت ما بين الجنايات أو تفاوت سواء كانت على المولى لم يقبض منه ، أو كانت قبضت منه فيضاربون بالقيمة بقدر كل واحد منهم من أرش جنايته .

م: (**لما روي عن أبي عبيدة -رضي الله عنه -: أنه قضى بجناية المدبر على مولاه**) ش: هذا رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» : حدثنا وكيع عن ابن أبي ذئب عن ابن محمد بن إبراهيم التيمي عن أبيه عن السلولي عن معاذ بن جبل عن أبي عبيدة بن الجراح -رضي الله عنه- قال : جناية المدبر على مولاه . وأخرج نحوه عن النخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والحسن- رضي الله عنهم- ، وذكر محمد في الجنايات : أن أبا عبيدة بن الجراح -رضي الله عنه - قضى بجناية المدبر على مولاه ، وذلك بحضرة من الصحابة -رضي الله عنهم - من غير خلاف ، وقد كان أبو عبيدة أمير الشام ، وقضاياه تظهر بين الصحابة فكان إجماعاً . وعند الشافعي ومالك وأحمد في جناية الولد : ضمن المولى الأقل من قيمتها ومن الأرش كمذهبنا لتعذر دفعها وبيعها بالإجماع .

ولأنه صار مانعاً عن تسليمه في الجناية بالتدبير أو الاستيلاد من غير اختياره الفداء ، فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم ، وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الأرش ؛ لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الأرش ولا منع من المولى في أكثر من القيمة ولا تخيير بين الأقل والأكثر ؛ لأنه لا يفيد في جنس واحد لا ختياره الأقل لا محالة ، بخلاف القن ؛ لأن الرغبات صادقة في الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء . وجنايات المدبر وإن توالت لا توجب إلا قيمة واحدة ؛ لأنه لا منع منه إلا في رقبة واحدة ، ولأن دفع القيمة كدفع العبد ، وذلك لا يتكرر، فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها ، وتعتبر قيمته لكل واحد في

م: (ولأنه) ش: أي ولأن المولى م: (صار مانعاً عن تسليمه) ش: أي تسليم كل واحد من المدبر وأم الولدم: (في الجناية بالتدبير أو الاستيلاد من غير اختياره الفداء) ش: لأن عند التدبير والاستيلاد ما كان علم أنه يجنى.

م: (فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم ، وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الأرش ؛ لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الأرش ولا منع من المولى في أكثر من القيمة) ش: وقال القدوري في «التقريب» : قال أبو يوسف: يضمن الولي قيمة المدبر بالجناية مدبراً . وقال زفر: يضمن قيمته عبداً ، وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف -رحمه الله - مثله .

م: (ولا تخيير بين الأقل والأكثر) ش: هذا جواب عما يقال: ينبغي أن يخير المولى بين الأقل والأكثر كما أنه يخير في الضمن بين الدفع والفداء ، والقيمة في المدبر بمنزلة الدفع ، فقال: لا يخير بين الأقل والأكثر م: (لأنه) ش: أي لأن التخيير م: (لا يفيد في جنس واحد لاختياره الأقل لا محالة، بخلاف القن) ش: أي العبد القن ، يعني أن المولى يتخير في جناية القن بين الدفع والفداء وإن كان الأرش أكثر م: (لأن الرغبات صادقة في الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء) ش: لأجل الرغبة في الأعيان م: (وجنايات المدبر وإن توالت) ش: يعني وإن كثرت م: (لا توجب إلا قيمة واحدة) ش: وعند الأئمة الثلاثة : هو كالقن .

وكذا في أم الولد عندنا ، وبه قال الشافعي في قول ، وفي قول بعيد : كالأخت ، وهو اختيار المزني م: (لأنه لا منع منه إلا في رقبة واحدة) ش: أي ولأن المولى لا منع منه إلا في رقبة واحدة فلا يمنع فيها .

م: (ولأن دفع القيمة كدفع العبد ، وذلك) ش: أي دفع القيمة م: (لا يتكرر ، فهذا كذلك) ش: أيضاً، أي والمدبر كذلك في عدم التكرر ، فكأن الجنايات منه اجتمعت ثم دبره م: (ويتضاربون) ش: أي أصحاب الجنايات يتنازعون م: (بالحصص فيها) ش: أي في القيمة .

م: (وتعتبر قيمتة) ش: أي وقيمة المدبر م: (لكل واحد) ش: من أصحاب الجنايات م: (في

حال الجناية عليه، لأن المنع في هذا الوقت يتحقق . قال : فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولي الأولى بقضاء فلا شيء عليه ؛ لأنه مجبور على الدفع . قال : وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار إن شاء اتبع المولى ، وإن شاء اتبع ولي الجناية ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله - . وقالا : لا شيء على المولى ؛ لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة، فقد دفع كل الحق إلى مستحقه ، وصار كما إذا دفع بالقضاء .

حال الجناية عليه ؛ لأن المنع في هذا الوقت يتحقق) ش: ومن صورتها : ما ذكر في «المبسوط ».

وقال : وإذا قتل المدبر رجلاً خطأ وقيمته ألفًا درهم ثم ازدادت قيمته إلى ألفين ثم قتل آخر ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر ، فعلى مولاه ألفا درهم ، لأنه جنى على الثاني وقيمته ألفان . ولو لم يكن منه إلا تلك الجناية لكان المولى ضامناً قيمته ألفان فسلم الألف من هذين ، ولي القتل الأوسط خاصة ، لأن لولي الجناية الأولى حقه في الألفين ، لأن قيمته يوم جنايته ألف ، خمسمائة من هذا الألف ، أي الألف الأولى ، والباقي لولي الجناية الأول والأوسط خاصاً.

لأن لولي القتل الثالث حقه في خمسمائة ، لأن قيمته يوم جنايته خمسمائة ،ثم الأول والأوسط يضربان في الخمسمائة التي بينهما ، فيضرب الأول بعشرة آلاف ، والأوسط بتسعة آلاف ، لأنه وصل إليه من حقه ألف فيجعل خمسمائة سعراً منهما فيضرب الأول بعشرة ، والأوسط بتسعة ، والخمس الباقية بينهم جميعاً ، يضرب الأول بعشر الآلاف إلا بما أخذ ، لأنه وصل إليه شيء من حقه فلا يضرب به . وكذا الأوسط لا يضرب بما أخذ في المرتين .

وإنما يضرب بما بقي من حقه ، والثالث يضرب بعشرة آلاف .

م: **(قال)** ش: أي قال القدوري : م: **(فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولي الأولى بقضاء فلا شيء عليه)** ش: أي على المولى م: **(لأنه مجبور على الدفع)** ش: فلم يبق عليه شيء.

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(وإن كان المولى دفع القيمة)** ش: إلى ولي الجناية الأولى م: **(بغير قضاء فالولي بالخيار إن شاء اتبع المولى ، وإن شاء اتبع ولي الجناية)** ش: أي ولي الجناية الثانية فتخير ، إن شاء رجع على المولى بنصف قيمته ، ثم المولى يرجع على ولي القتيل الأول بما دفع لولي الثاني م: **(وهذا)** ش: أي هذا المذكور من الحكم م: **(عند أبي حنيفة -رحمه الله -)** .

م: **(وقالا: لا شيء على المولى لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة ، فقد دفع كل الحق إلى مستحقه ، وصار كما إذا دفع بالقضاء)** ش: لأنه فعل عين ما يفعله القاضي فيكون القضاء وعدمه

ولأبي حنيفة- رحمه الله - :أن المولى جان بدفع حق وولي الجناية الثانية طوعاً وولي الأولى ضامن بقبض حقه ظلماً فيتخير ؛ وهذا لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ، ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى ومتأخرة حكماً من حيث إنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها ، فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لإبطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملاً بالشبهين ، وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة . لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع ، فصار وجود الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا ؛ لأن الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير . وإذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز إقراره ولا يلزمه به شيء

سواء كما في الرجوع في الهبة وأخذ الدار بالشفعة بعد وجوبها .

م: (**ولأبي حنيفة - رحمه الله -: أن المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعاً وولي الأولى ضامن بقبض حقه ظلماً**) ش: لأنه انقلب بسبب المزاحم والرجوع على الجاني جائز م: (**فيتخير ، وهذا**) ش: في الرجوع ، وبين ذلك قوله م: (**لأن الثانية مقارنة**) ش: أي للجناية الأولى م: (**حكمًا من وجه**) ش: بسبب المراجعة م: (**ولهذا يشارك**) ش: أي ولأجل مقارنة الثاني للأول يشارك .

م: (**ولي الجناية الأولى ومتأخرة حكماً من حيث إنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها**) ش: أي في حق الجناية الثانية م: (**فجعلت**) ش: أي الثانية م: (**كالمقارنة في حق التضمين لإبطاله**) ش: أي إبطال الولي م: (**ما تعلق به من حق ولي الثانية**) ش: وذلك لأنه تجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق ، وذلك في حق أولياء الجنايتين سواء ، فجعل كأن الدفع كأن بعد وجود الجنايتين جميعاً ،وهناك لو دفع إلى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فلذلك هنا .

م: (**عملاً بالشبهين**) ش: يعني كما عملنا بشبهة التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها، وجب أن يعمل بشبهة المقارنة في حق تضمين الجناية نصف المدفوع، وقيل : جعلت الثانية كالمقارنة في التضمين إذا دفع بغير قضاء، لأنه يبطل ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة إذا دفع بقضاء، لأنه يجوز بالدفع عملاً بشبهي المقارنة والتأخر.

م: (**وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلز مه إلا قيمة واحدة ؛ لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع ،فصار وجود الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة**) ش: وعند الأئمة الثلاثة الإعتاق في القن وإعتاق أم الولد كإعتاق المدبر عندنا والشافعي في قول . أشار إليه بقوله م: (**وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا ؛ لأن الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير**) ش: لأن المولى منع من تسليمهما بالاستيلاد السابق من غير اختيار م: (**وإذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز إقراره ولا يلزمه به شيء**

عتق أو لم يعتق ؛ لأن موجب جناية الخطأ على سيده وإقراره به لا ينفذ على السيد ، والله أعلم .

عتق أو لم يعتق ؛ لأن موجب جناية الخطأ على سيده وإقراره به لا ينفذ على السيد ، والله أعلم) ش:
ولا يعلم فيه خلاف .



باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال : ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع ، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه . والفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع ، فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني ، فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً كيف وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان .

م: **(باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك)**

ش: أي هذا باب في بيان أحكام غصب المدبر إلى آخره ، قوله : م: **(في ذلك)** ش: أي في العبد والمدبر ، ولما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنايتهما مع غصبهما ، لأن الفرد قبل المركب ، ثم جر كلامه إلى بيان غصب الصبي .

م: **(قال)** ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: **(ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع ، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه ، والفرق)** ش: بين المسألتين م: **(أن الغصب قاطع للسراية ، لأنه)** ش: أي لأن الغصب م: **(سبب الملك)** ش: لأن المضمونات تملك عند أداء الضمان مستنداً إلى أول الغصب .

ولما كان الغصب من أسباب الملك كان محلل الغصب بين الجناية والسراية قاطعًا للسراية م: **(كالبيع)** ش: إذا تحلل م: **(فيصير)** ش: أي العبد المغصوب م: **(كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع)** ش: أي حال كونه مقطوع اليد م: **(ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني)** ش: أي ولم يوجد قاطع السراية في المسألة الثانية م: **(فكانت السراية مضافة إلى البداية)** ش: أي إلى أول الأمر م: **(فصار المولى متلفًا ، فيصير مسترداً وكيف)** ش: أي وكيف لا يكون مسترداً .

م: **(وأنه استولى عليه)** ش: أي والحال أن المولى استولى على العبد بالقطع م: **(وهو استرداد)** ش: أي الاستيلاء عليه استرداداً ، فإذا كان كذلك م: **(فيبرأ الغاصب عن الضمان)** ش: واعترض الإمام قاضي خان بأن هذا مخالف مذهبنا ، فإن الغصب لا يقطع السراية ، ولم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضاء .

لأن السراية إنما يقطع به باعتبار تبدل الملك إذا ملك البدل على الغاصب ، أما قبله فلا نص عليه في آخر وهذا الجامع ، إلا أنه يضمن الغاصب هنا قيمة عبد أقطع ، لأن السراية وإن لم تنقطع بالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ الغاصب عنه ، إلا إذا ارتفع الغصب ولم يرفع ، لأن الشيء إنما يرتفع بما فوقه أو بمثله ، ويد الغاصب ثابتة عليه حقيقة

قال : وإذا غصب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه فمات في يده فهو ضامن ؛ لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله . قال : ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى ، فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ؛ لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للفداء ، فيصير مبطلاً حق أولياء الجناية ، إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها ، ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب . قال :ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب ؛ لأنه استحق نصف

وحكمًا ، ويد المالك الغاصب باعتبار السراية ثبتت عليه حكمًا ، والثابت حكمًا دون الثابت حقيقة وحكمًا ، فلم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى فيقرر عليه الضمان ، بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب ، لأن الغصب يرتفع بها . وقال الأكمل -رحمه الله- : وفيه نظر ، لأنا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكمًا ، فإن يد المولى ثابتة عليه حكمًا ، ولا تثبت على الشيء الواحد يدان حكمًا بكمالهما ، واليد الحقيقية واجبة الدفع لكونها عدوانًا محضًا لا يصلح معارضًا ولا مرجحًا .

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: **(وإذا غصب العبد المحجور عليه عبدًا محجوراً عليه فمات في يده فهو ضامن)** ش: هذا إذا كان الغصب ظاهرًا فيضمن في الحال يباع فيه ، لأن أفعال العبد معتبرة .

ولو كان الغصب ظهر بإقراره لا يجب إلا بالعتق ، كذا قال الفقيه أبو الليث -رحمه الله- ، وذلك لأن الرق يوجب الحجر في الأقوال دون الأفعال ، وإن أقر العبد المحجور بحد أو قصاص لزمه في الحال ، لأنه يبقى في ذلك على أصل الحرية م: **(لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله)** ش: أي في حال رقه ، أما الأقوال فمؤاخذ بها بعد العتق ، فكان ذكر المحجور احترازًا عن المأذون ، فإنه يؤاخذ بالأقوال أيضًا عندنا .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: **(ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى، فعلى المولى قيمته بينهما)** ش: أي بين ولي الجنايتين م: **(نصفان ؛ لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للفداء)** ش: لعدم علمه وقت التدبير بجنايته يحدث عنده في المستقبل م: **(فيصير مبطلاً حق أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها)** ش: أي على قيمة الرقبة م: **(ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب)** ش: أي في المستحق من الجناية .

م: (قال) ش: أي محمد : م: **(ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب ؛ لأنه استحق نصف**

البدل بسبب كان في يد الغاصب ، فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب . قال : ويدفعه إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع بذلك على الغاصب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله- . وقال محمد - رحمه الله- : يرجع بنصف قيمته فيسلم له ؛لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد كيلا يتكرر الاستحقاق . ولهما : أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد ، وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني ، فإذا وجد شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً يأخذه ليتم حقه ، فإذا أخذه منه يرجع إلى المولى بما أخذه على الغاصب ؛ لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب .

البدل بسبب كان في يد الغاصب ، فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب) ش: أي بسبب كان في يد الغاصب إذا غصب عبدًا فجنى في يده فرده إلى المولى فجنى جناية فدفع إلى ولي الجناية ، لأن للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته ، كذا هذا .

م: (قال) ش: أي محمد: م: (ويدفعه) ش: أي النصف المأخوذ من الغاصب م: (إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع بذلك) ش: أي بالمدفوع الى ولي الجناية م: (على الغاصب ، وهذا) ش: أي وهذا الدفع الثاني والرجوع الثاني. م: (عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - . وقال محمد- رحمه الله -: يرجع بنصف قيمته فيسلم له) ش: أي للمولى ، أي لا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى وهو قياس قول الأئمة الثلاثة.

م: (لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد كيلا يتكرر الاستحقاق) ش: يدفعه إلى ولي الجناية عند المولى بأن كانت الجناية الأولى عند المولى ثم غصبه غاصب فجنى عنده جناية أخرى، فإن المولى يدفع قيمته إلى وليي الجنايتين نصفين ثم يرجع به على الغاصب بنصف القيمة ويدفع إلى ولي الجناية الأولى ، ولا يرجع به على الغاصب مرة أخرى ، وهذا بالإجماع .

م: (ولهما) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف : م: (أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد، وإنما انتقص) ش: أي حقه م: (باعتبار مزاحمة الثاني ، فإذا وجد) ش: أي إذا وجد ولي الجناية الأولى م: (شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغًا) ش: أي من غير مزاحمة ولي الجناية الثانية م: (يأخذه) ش: لأنه يتقدم على المولى م: (ليتم حقه) ش: أي لأجل إتمام حقه م: (فإذا أخذه منه يرجع إلى المولى بما أخذه على الغاصب ؛ لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب) ش: فلهذا رجع عليه ثانياً .

قال : وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى ، فعلى المولى قيمته بينهما نصفان، ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الأول ، غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية إذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا يرجع به على الغاصب ، وهذا بالإجماع . ثم وضع المسألة في العبد فقال : ومن غصب عبداً فجنى في يده ثم رده فجنى جناية أخرى ، فإن المولى يدفعه إلى وليي الجنايتين ، ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه إلى الأول ويرجع به على الغاصب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- . وقال محمد -رحمه الله-: يرجع بنصف القيمة فيسلم له . وإن جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولا يرجع به . والجواب في العبد كالجواب في المدبر

م: (قال) ش: أي محمد: م: (وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى ، فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ، ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الأول) ش: أي فيما إذا جنى المدبر في يد الغاصب ثم في يد المولى م: (غير أن استحقاق النصف) ش: ذكر هذا الاستثناء لبيان الفرق بين المسألة الأولى ، والثانية عندهما : حيث لا يرجع عندهما أيضاً .

بيانه : أن استحقاق النصف إذا استحق النصف الذي أخذ المولى من الغاصب م: (حصل بالجناية الثانية إذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا يرجع به على الغاصب ، وهذا بالإجماع) ش: أي رجوع المولى على الغاصب في المسألة الثانية بالإجماع . بخلاف المسألة الأولى . فإن ثم كان يرجع المولى عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - مرة ثانية . وذكر القدوري في كتاب «التقريب» قول أبي حنيفة وحده ، وقول زفر وأبي يوسف مع محمد .

م: (ثم وضع المسألة في العبد) ش: أي وضع محمد هذه المسألة في «الجامع الصغير» في العبد فقال« القن» بعدما وضعها في المدبر م: (فقال) ش: أي محمد م: (ومن غصب عبداً فجنى في يده ثم رده فجنى جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى وليي الجنايتين ، ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه إلى الأول ويرجع به على الغاصب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -).

م: (وقال محمد-رحمه الله -: يرجع بنصف القيمة فيسلم له . وإن جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمتة فيدفعه إلى الأول ولا يرجع به ، والجواب في العبد) ش: أي في العبد القن م: (كالجواب في المدبر) ش: أي في العبد المدبر في الاختلاف

في جميع ما ذكرنا ، إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الأول يدفع القيمة . قال : ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية ، فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب . لأن الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها إلى الأول لأنه استحق كل القيمة ؛ لأن عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره ، وإنما انتقص بحكم المزاحمة من بعد . قال : ويرجع به على الغاصب ؛ لأن الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا إلى ولي الجناية الثانية ؛ لأنه لا حق له إلا في النصف لسبق حق الأول وقد وصل ذلك إليه . ثم قيل : هذه المسألة على الاختلاف كالأولى . وقيل : على الاتفاق .

والاتفاق سواء م: (في جميع ما ذكرنا ، إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الأول) ش: أي في المدبر م: (يدفع القيمة) ش: لأنه لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك ، وفي العبد يدفع نفس العبد لعدم المانع .

م: (قال) ش: أي محمد: م: (ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية ، فعلى المولى قيمتة بينهما نصفان ، لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب ؛ لأن الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها إلى الأول) ش: أي نصف القيمة إلى ولي الجناية الأولى م: (لأنه استحق كل القيمة لأن عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره ، وإنما انتقص بحكم المزاحمة من بعد) ش: أي مزاحمة الثاني .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله -: م: (ويرجع به) ش: أي بالنصف م: (على الغاصب؛ لأن الاستحقاق بسبب كان في يده) ش: أي عند الغاصب م: (ويسلم له) ش: أي يسلم النصف للمولى م: (ولا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا إلى ولي الجناية الثانية ؛ لأنه لا حق له) ش: أي لولي الجناية الثانية م: (إلا في النصف لسبق حق الأول وقد وصل ذلك إليه) ش: أي وصل النصف إلى ولي الجناية الثانية .

م: (ثم قيل: هذه المسألة على الاختلاف كالأولى) ش: يعني قال بعض المشايخ : يتحقق في هذه المسألة خلاف محمد أيضًا كما في المسألة الأولى ، حيث يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يؤخذ ولي الجناية الأولى [. . .].

م: (وقيل: على الاتفاق) ش: يعني لا خلاف لمحمد في هذه المسألة بل يأخذ ولي الجناية الأولى تمام حقه وهو نصف القيمة من الولي إذا رجع على الغاصب ، وهذا هو الصحيح ، لأن محمداً ذكر هذه المسألة في «الجامع الصغير» بلا خلاف ، وهكذا أفرد هذه المسألة فخر الإسلام وغيره في شرح «الجامع الصغير» .

والفرق لمحمد - رحمه الله- أن في الأولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الأولى؛ لأن الجناية الثانية كانت في يد المالك . فلو دفع إليه ثانياً يتكرر الاستحقاق . فأما في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه .

قال: ومن غصب صبياً حراً فمات في يده فجأة أو بحمى فليس عليه شيء ، وإن مات من صاعقة أو نهشته حية فعلى عاقلة الغاصب الدية . وهذا استحسان ، والقياس : أن لا يضمن في الوجهين، وهو قول زفر والشافعي - رحمهما الله-، لأن الغصب في الحر لا يتحقق ، ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حرًا ، فإذا كان الصغير حرًا رقبة ويداً أولى . وجه الاستحسان : أنه لا يضمن بالغصب ، ولكن يضمن بالإتلاف ، وهذا إتلاف تسبيباً ؛ لأنه نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق .

فعلى هذا يحتاج محمد إلى الفرق بين المسألتين ، أشار إليه المصنف بقوله : م: **(والفرق لمحمد- رحمه الله-أن في الأولى)** ش: وهي ما إذا كانت الجناية الأولى عند الغاصب ، والثانية عند المالك م: **(الذي يرجع به)** ش: أي الولي م: **(عوض عما سلم لولي الجناية الأولى ؛ لأن الجناية الثانية كانت في يد المالك . فلو دفع إليه ثانياً يتكرر الاستحقاق)** ش: لأن هذا بدل ما وقع إليه وبدل الشيء يقوم مقامه، فلو استحق البدل بعدما استحق المبدل يتكرر الاستحقاق .

م: **(فأما في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه)** ش: أي إلى تكرار الاستحقاق .

قال الأكمل : قوله : « أما في هذه المسألة » فيه نظر ، فإن الجناية الثانية وإن حصلت في يد الغاصب ، لكن أخذ الولي منه حقها أول مرة ولم يبق لوليها استحقاق ، حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانياً في مقابلة ما أخذه .

م: **(قال)** ش: أي محمد في «الجامع الصغير»: م: **(ومن غصب صبياً حراً)** ش: أي ذهب به بغير إذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة ، وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في زمنه م: **(فمات في يده فجأة أو بحمى فليس عليه شيء ، وإن مات من صاعقة أو نهشته حيه فعلى عاقلة الغاصب الدية ، وهذا استحسان ، والقياس : أن لا يضمن في الوجهين ، وهو قول زفر والشافعي - رحمهما الله-)** ش: وبه قال مالك وأحمد م: **(لأن الغصب في الحر لا يتحقق ، ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حر يداً ، فإذا كان الصغير حراً رقبة ويداً أولى)** .

م: **(وجه الاستحسان : أنه لا يضمن بالغصب ، ولكن يضمن بالإتلاف ، وهذا إتلاف تسبيبًا)** ش: أي من حيث السببية م: **(لأنه نقله إلى أرض مسبعة)** ش: أي إلى أرض تأوي إليها السباع م: **(أو إلى مكان الصواعق)** ش: أي إلى مكان تنزل فيه الصواعق عادة وهو جمع صاعقة معروف.

وهذا لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان ، فإذا نقله إليه فهو متعد فيه ، وقد أزال حفظ الولي فيضاف إليه ؛ لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدياً كالحفر في الطريق ، بخلاف الموت فجأة أو بحمى ؛ لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن ، حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلاً تسبيباً . قال : وإذا أودع صبي عبداً فقتله فعلى عاقلته الدية ، وإن أودع طعاماً فأكله لم يضمن ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله-. وقال أبو يوسف والشافعي - رحمهما الله-: يضمن في الوجهين جميعاً ،

م: (وهذا) ش: أي كونه إتلافاً م: (لأن الصواعق والحيات والسباع لاتكون في كل مكان ، فإذا نقله إليه) ش: أي إلى موضع تكون فيه الأشياء المذكورة م: (فهو متعد فيه) ش: الواو فيه للحال أو في نقله م: (وقد أزال حفظ الولي) ش: الواو فيه أيضاً للحال .

وقوله : م: (فيضاف إليه) ش: جواب الشرط ، أي يضاف الإتلاف إلى القاتل م: (لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدياً كالحفر في الطريق ، بخلاف الموت فجأة أو بحمى ؛ لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن ، حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلاً تسبيباً) ش: أي من حيث السببية .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (وإذا أودع صبي عبداً فقتله فعلى عاقلته الدية) ش: أي على عاقلة الصبي الدية . قيل المراد القيمة وبها صرح فخر الإسلام والصدر الشهيد - رحمهما الله - وأثر لفظ الدية لأنها بإزالة الآدمية والقيمة بإزالة المالية ، وفي العبد بإزالة ، الآدمية عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - .

م: (وإن أودع) ش: أي الصبي م: (طعاماً فأكله لم يضمن ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ، وقال أبو يوسف والشافعي- رحمهما الله- : يضمن في الوجهين جميعاً) ش: وبه قال مالك وأحمد . وفي «شرح الطحاوي » : أودع عند صبي مالاً فهلك في يده فلا ضمان عليه بالإجماع ، وإذا استهلك الصبي إن كان الصبي مأذوناً له في التجارة يضمن الصبي بالإجماع ، وإن كان محجوراً قبل الوديعة بإذن وليه ضمن بالإجماع . وإن قيل : بغير إذن وليه فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد - ، لا في الحال ولا بعد الإدراك .

وقال أبو يوسف والشافعي -رحمهما الله - : يضمن في الحال ، وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير بلا وديعة يضمن في الحال بالإجماع .

وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالاً فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله-، ويؤاخذ به بعد العتق . وعند أبي يوسف والشافعي- رحمهما الله- : يؤاخذ به في الحال ، وعلى هذا الخلاف الإقراض والإعارة في العبد والصبي . وقال محمد- رحمه الله- في أصل« الجامع الصغير»: صبي قد عقل . وفي« الجامع الكبير» وضع المسألة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة ، وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق ؛ لأن التسليط غير معتبر وفعله معتبر . ولهما: أنه أتلف مالاً متقوماً معصوماً حقاً لمالكه ، فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبداً ، وكما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع . ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله-أنه أتلف مالاً غير معصوم

م: (وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالاً فاستهلكه لا يؤاخذ الضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - ويؤاخذ به بعد العتق . وعند أبي يوسف والشافعي -رحمهما الله - يؤاخذ به في الحال ، وعلى هذا الخلاف الإقراض) ش: يعني إذا أقرض الصبي شيئاً وسلم إليه واستهلكه لا يضمن عندهما . خلافاً لأبي يوسف م: (والإعارة) ش: يعني إذا أعار الصبي شيئًا فاستهلكه لا يضمن م: (في العبد والصبي) ش: يعني حكمهما واحد والمراد من المحجور. وقال فخر الإسلام : الاختلاف في الإيداع والإعارة والقرض والبيع وكل وجه من وجوه التسليم واحد.

م: (وقال محمد -رحمه الله - في أصل «الجامع الصغير» : صبي قد عقل . وفي «الجامع الكبير » . وضع المسألة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة ، وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) ش: فساعده فيه فخر الإسلام حيث ذكر في «جامعه » هكذا.

وأما غيره من شروح« الجامع الصغير » «كجامع أبي اليسر» و«قاضي خان» و«التمرتاشي» فالحكم على خلاف هذا ، حيث قال : هذا الخلاف فيما إذا كان الصبي عاقلاً ، وإن لم يكن عاقلاً فلا يضمن في قولهم جميعاً م: (لأن التسليط غير معتبر وفعله معتبر) ش: لأن تسليط الصبي غير العاقل هدر وفعله معتبر فيؤاخذ به .

م: (ولهما) ش: أي لأبي يوسف والشافعي -رحمهما الله - : م: (أنه أتلف مالاً متقوماً معصوماً حقاً) ش: قوله : « حقاً» متعلق بقوله : « معصوماً » ، أي معصوماً لأجل المالك م: (لمالكه) ش: بغير إذنه م: (فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبداً) ش: فأتلفه يجب عليه الضمان بالاتفاق م: (وكما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع) ش: فيجب الضمان على المتلف ، فعلم أن المال معصوم في يد الصبي .

م: (ولأبي حنيفة ومحمد- رحمهما الله- أنه أتلف مالاً غير معصوم) ش: لأنه سلطه على

فلا يجب الضمان ، كما إذا أتلفه بإذنه ورضاه ، وهذا لأن العصمة تثبت حقًا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقًا للنظر إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا إقامة ههنا ؛ لأنه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي، ولا للصبي على نفسه ، بخلاف البائع والمأذون له ؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما . وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً لأن عصمته لحقه ، إذ هو مبقي على أصل الحرية في حق الدم . وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي ، لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره . قال : وإن استهلك مالاً ضمن ، يريد به من غير إيداع لأن الصبي يؤاخذ بأفعاله ،

الإتلاف م: (فلا يجب الضمان ، كما إذا أتلفه بإذنه ورضاه ، وهذا) ش: أي عدم وجوب الضمان م: (لأن العصمة تثبت حقاً له) ش: أي للمالك م: (وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة) ش: أي من الإيداع والإعارة ومن فعل ذلك م: (فلا يبقى مستحقاً للنظر) ش: لأنه أوقع ماله في يد يمنع يد غيره عليه باختياره م: (إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا إقامة ههنا ،لأنه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي، ولا للصبي على نفسه) ش: فكان تعيناً من جهة .

م: (بخلاف البالغ والمأذون له ، لأن لهما ولايه على أنفسهما) ش: فصح الإيداع عندهما ، فيضمنان بالإجماع م: (وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً لأن عصمته لحقه) ش: أي لأن عصمة العبد لحق العبد لا باعتبار أن المالك لعصمته م: (إذ هو مبقي على أصل الحرية في حق الدم) ش: فلا يوجد التسليط في حقه ، فإذا لم يوجد يضمن سواء كان صغيراً أو كبيراً . بخلاف سائر الأموال، فإن للمالك أن يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط .

م: (وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي) ش: يعني إذا أتلف الوديعة والتذكير باعتبار المودع غير الصبي المودع حال كونه في يد الصبي حيث يضمنها العصمة م: (لأنه سقطت العصمة) ش: أي عصمة الوديعة م: (بالإضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال) ش: المودع فحسب ولا يسقط في حق غيره ، وهو معنى قوله م: (دون غيره) ش: حاصله : أن المالك بالإيداع عند الصبي إنما سقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان ، فصار مال الوديعة عند الصبي بمنزلة من له القصاص فإنه غير معصوم الدم في حق من له القصاص ، ومعصوم في حق غيره ، فكذا هنا .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (وإن استهلك مالاً ضمن) ش: أي فإن استهلك الصبي مالاً لرجل ضمن ، وهذا في غير الوديعة وهو معنى قوله : م: (يريد به من غير إيداع) ش: أي يريد محمد بقوله : « ضمن » في غير الوديعة ، وفيه اتفاق .

وفي الوديعة إذا استهلكها خلاف سبق آنفاً م: (لأن الصبي يؤاخذ بأفعاله) ش: فإن قلت :

وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد ، والله أعلم بالصواب

رفع القلم عن الصبي بالحديث ، فكيف وجب عليه الضمان ؟

قلت: رفع القلم يدل على رفع الإثم ، ولا يلزم من رفع الإثم نفي الضمان كما في النائم إذا انفلت على شيء فأتلفه .

م: (**وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد ، والله أعلم بالصواب**) ش: هذا كأنه جواب عما يقال : إن الصبي ليس له قصد صحيح ، فكان ينبغي أن لا يضمن فقال : لا اعتبار لصحة العقد في حق العباد . ألا ترى أن البالغ أيضًا إذا استهلك مالاً لإنسان فيضمن ، سواء كان له قصد صحيح في ذلك أو لم يكن ، فعلى أي وجه كان يلزمه الضمان.



باب القسامة

قال : وإذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله: استحلف خمسون رجلاً منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً .

م: (باب القسامة)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام القسامة . وقال الكاكي : القسامة لغة : مصدر أقسم قسامة أو اسم وضع موضع الأقسام .

قلت: اسم وضع موضع الأقسام .وفي الشرع : أيمان يقسم بها على أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر كل منهم ويقول ما فعلت ولا علمت له قاتلاً . وقيل : القسامة الأيمان المتكررة في دعوى القتل على أهل محلة أو دار أو موضع قريب . كما يقال : رجل عدل ، وأي الأمرين كان ، هو من القسم الذي هو الحلف ، وقسمها وجود القتيل في المحلة أو في معناها ، وركنها قولهم بالله ما قتلناه وما علمنا له قاتلاً .

وشرطها أن يكون المقسم رجلاً بالغاً عاقلاً ، والنساء لا يدخلن في القسامة عند أكثر أهل العلم إلا عند مالك ، فإنه قال لمن يدخل في القسامة الخطأ دون العمد . وحكمها القضاء بوجوب الدية بعد الحلف ، وسواء كانت الدعوى في القتل الخطأ أو العمد عند أكثر أهل العلم .

وقال مالك والشافعي في القديم وأحمد: إن كانت الدعوى في القتل العمد إذا حلفوا الأولياء بعد يمين أهل المحلة يستحقون القود، ومحاسنها والحكمه فيها : تعظيم الدماء وصيانتها عن الإهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص . ودليل شرعيتها الأحاديث المذكورة على ما يجيء إن شاء الله تعالى .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً**) ش: بشرط أن يكون في القتيل أثر القتل من جراحة أو ضرب أو خنق أو نحوه . وأما إذا وجد ميتاً لا أثر فيه فلا قسامة ولا دية ، وهذا ميت .

وقوله : «في محلة » ليس بقيد . وكذا لو وجد في دار رجل . وقوله لا يعلم من قتله ؛ لأنه إذا علم القاتل فلا قسامة ،و الحكم يتعلق به .

وقوله : « استحلف خمسون رجلاً» قال الكرخي : ليس فيهم عبد ولا صبي لم يبلغ ولا امرأة . قوله : منهم أي من أهل المحلة .

وقال الشافعي - رحمه الله-: إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يمينًا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمداً كانت الدعوى أو خطأ .

وقال الكرخي : وإن كان في أهل المحل الفاسق والصالح ، فالخيار فيهم إلى الورثة يختارون أهل الصالح حتى يستحلفوهم ، فإن كان أهل الصالح لا يتمون خمسين وأرادوا أن يردوا عليهم الأيمان فليس لهم ذلك ، ولهم أن يتخيروا من الباقين تمام خمسين رجلاً .

وذكر ابن الجلاب المالكي في كتابه « التفريع والأيمان » : القسامة مغلظة بخلافها في سائر الحقوق ، ويحلف الحالف فيها في المسجد الأعظم بعد الصلاة عند اجتماع الناس فيه ، ويجلب إلى مكة والمدينة وبيت المقدس من وجبت عليه قسامة من أهلها ، ولا يجلب إلى غيرها إلا المكان القريب .

وقوله : « بالله ما قتلناه » على طريق الحكاية عن الجمع . وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم : بالله ما قتلت ، ولا يحلف بالله ما قتلنا ؛ لجواز أنه باشر القتل بنفسه فيجترئ على اليمين « بالله ما قتلنا » .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله- : إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يميناً**) ش: قبل يمين أهل المحلة م: (**ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمداً كانت الدعوى أو خطأ**) ش: وقال الكاكي: استحلف الأولياء خمسين يميناً قبل يمين أهل المحلة يقضى بالدية على المدعى عليه عمداً كان أو خطأ ، وهو قوله الجديد .

وقال مالك وأحمد والشافعي في القديم : إذا استحلف الأولياء وحلفوا واستحلفوا القود في دعوى العمد على المدعى عليه جماعة كان أو واحد أو شرطه اللوث عندهم ، وعند عدم اللوث كسائر الدعاوى .

وقال الغزالي في «وجيزه» : وكيفية القسامة : أن يحلفوا المدعي خمسين يميناً متوالية في مجلس واحد بقصد التحذير والتغليظ ، ولو كان في مجلسين فوجهان . وقال ابن الجلاب المالكي : ويبدأ في القسامة بالمدعين دون المدعى عليهم ، فيحلفون خمسين يميناًويستحقون القود نفساً منهم .

وإذا كان ولاة الدم أكثر من خمسين رجلاً ففيها روايتان ، إحداهما يقتصر على خمسين منهم فيحلفون خمسين يميناً ، والأخرى : أنهم يحلفون كلهم وإن زادت عدة الأيمان على خمسين . وإذا نكل المدعون للدم عن القسامة وردت الأيمان على المدعى عليهم فنكلوا حبسوا حتى يحلفوا ، فإن طال حبسهم تركوا على كل واحد منهم جلد مائة وحبس سنة ، انتهى .

وقال مالك : يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد ، وهو أحد قولي الشافعي – رحمه الله–. واللوث عندهما : أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه ، أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه . وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه مثل مذهبنا ، غير أنه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي. فإن حلفوا لا دية عليهم .

وقال الخرقي ، من أصحاب أحمد بن حنبل –رحمه الله – في «مختصره» : وإذا وجد قتيل فادعى أولياؤه على قوم لا عداوة بينهم ولم يكن لهم بينة لم يحكم لهم بيمين ولا غيرها ، وإن كان بينهم عداوة ولوث وادعى أولياؤه على واحد منهم وأنكر المدعى عليه ولم يكن للأولياء بينة حلف الأولياء خمسين يميناً على قاتله واستحقوا دمه إن كانت الدعوى عمداً .

فإن لم يحلف الأولياء حلف المدعى عليه خمسين يميناً ، وبرئ، فإن لم يحلف المدعون ولم يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الإمام من بيت المال ، فإن شهدت البينة العادلة أن المجروح قال : «دمي عند فلان » فليس يوجب القسامة ما لم يكن لوث .

م: (**وقال مالك : يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد ، وهو أحد قولي الشافعي–رحمه الله –**) ش: وقد ذكرنا أن هذا هو القول القديم للشافعي م: (**واللوث عندهما**) ش: أي عند الشافعي ومالك –رحمهما الله – :م: (**أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه ، أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه . وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه**) ش: أي فمذهب الشافعي م: (**مثل مذهبنا ، غير أنه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي ، فإن حلفوا لا دية عليهم**) ش: فنتكلم أولاً في اللوث ثم نحرر مذهب الثلاثة .

فاللوث : من لوث الماء كدره ، ولوث ثيابه الطين فتلوث ، ومنه قولهم «لوث وعداوة » أي شر أو طلب بحقد ، والمراد به عندهم قرينة ظاهرة توقع في القلب صدق المدعي بأن يكون هناك علامة القتل في واحد بعينه من أثر الدم على ثيابه وغيره كما ذكر في المتن .

وقال الغزالي في «وجيزه»: واللوث قرينة حال تغلب الظن كقتيل في محلة بينهم عداوة ، أوقتيل دخل عليهم ضيفاً ، أو قتيل تفرق عنه جماعة معفرون ، أو قتل في صف الخصم القاتل ، أو قتيل في الصحراء وعلى رأسه رجل معه سكين .

وقول المجروح : « قتلني فلان» ليس بلوث ، وقول واحد من أهل القتيل ، روايتهم لوث . و القياس : أن قول واحد منهم لوث ، وأما عدة من الصبية والفسقة ففيهم خلاف ، انتهى .

وقال ابن الجلاب المالكي : واللوث شيئان الشاهد العدل ، وقول المجروح : دمي عند فلان ، وفي الثالث مذهبان يعني الذي يرى معه سيفه ، وشهادة الواحد لوث توجب القسامة ،

للشافعي - رحمه الله-، في البداءة بيمين الولي قوله عليه الصلاة والسلام للأولياء: « فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه »؛ ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر . ولهذا تجب على صاحب اليد ، فإذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه ، ورد اليمين على المدعي أصل له كما في النكول، غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة ، والقصاص لا يجامعها ، والمال يجب معها ، فلهذا وجبت الدية دون القصاص .ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر» ، وفي رواية: « على المدعى عليه » .

وفي شهادة النساء روايتان إحداهما : أنه لون توجب القسامة ، والأخرى أنها لا توجبها . وكذلك شهادة الواحد والجماعة إذا لم يكونوا عدولاً ،وفي شهادة العبد روايتان إحداهما : أنه لوث ، وقيل : لا يكون لوثًا . وإذا وجد رجل مقتول ووجد بقربه رجل معه سيف أو في يده شيء من آلة القتل وعليه آثار القتل ، فهو لوث موجب القسامة والدية لولاته .

م: (**للشافعي- رحمه الله- في البداءة بيمين الولي قوله عليه الصلاة والسلام للأولياء : «فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه» ، ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر**) ش: أي قول النبي ﷺ ، هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سهل بن أبي حثمة قال : خرج عبد الله بن سهل ابن زيد ومحيصة بن مسعود بن زيد حتى إذا كانا بخيبر تفرقا . . . الحديث مطولاً .

وفيه فقال لهم- أي لأولياء القتيل- : « **أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم؟** » . وجه الاستدلال به: أنه ﷺ بدأ على من شهد له الظاهر ، يعني كما في سائر الدعاوى ، فإن الظاهر يشهد للمدعى عليه، لأن الأصل براءة ذمته . فأما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث ، فيكون اليمين حجة له .

م: (**ولهذا تجب على صاحب اليد ، فإذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه ، ورد اليمين على المدعي أصل له**) ش: أي للشافعي م: (**كما في النكول**) ش: يعني إذا نكل المدعى عليه عن اليمين رد على المدعي م: (**غير أن هذه**) ش: أشار به إلى الدعوى التي هنا م: (**دلالة**) ش: أي على الصدق م: (**فيها نوع شبهة ، والقصاص لا يجامعها**) ش: أي لا يثبت القصاص مع الشبهة م: (**والمال يجب معها**) ش: أي مع الشبهة م: (**فلهذا وجبت الدية دون القصاص**) .

م: (**ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم**) ش: أي قول النبي ﷺ : م: (**«البينة على المدعي واليمين على من أنكر . وفي رواية : « على المدعى عليه»**[1]) ش: هذا الحديث أخرجه الترمذي عن محمد بن عبيد الله عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال في خطبته « **البينة على**

---

(١) حسن بمجموع طرقه : تقدم تخريجه بطرقه

وروى سعيد بن المسيب- رضي الله عنه-: « أن النبي عليه الصلاة والسلام بدأ باليهود بالقسامة، وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم »،

المدعي واليمين على المدعى عليه» . انتهى .

فإن قلت: قال الترمذي -رحمه الله - : هذا حديث في إسناده محمد بن عبيد الله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه ، ضعفه ابن المبارك وغيره . وأخرجه الدارقطني في «سننه » عن حجاج بن أرطاة عن عمرو بن شعيب به . وقال صاحب «التنقيح » : وحجاج بن أرطاة ضعيف ، ولم يسمعه من عمرو بن شعيب ، وإنما أخذه من العرزمي عنه ، والعرزمي متروك؟

قلت: شطر الحديث في الكتب الستة من حديث ابن عباس -رضي الله تعالى عنه- ، ولكنه مفرق ، ففي لفظ مسلم : «ولكن اليمين على المدعى عليه ». وفي لفظ الباقين : « أن النبي ﷺ قضى أن اليمين على المدعى عليه »، وبهذا يعلم أن وظيفة المدعى عليه اليمين ، وليست هي وظيفة المدعي ، وبهذا يقوى حديث الترمذي -رحمه الله - .

م: **(وروى سعيد بن المسيب -رضي الله عنه-)** ش: أي سعيد بن المسيب -رضي الله تعالى عنه -م: **(« أن النبي ﷺ بدأ باليهود بالقسامة ، وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم »)** ش: هذا رواه عبد الرزاق -رحمه الله- في «مصنفه» أخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب-رحمه الله عنهم - قال: كانت القسامة في الجاهلية فأقرها النبي ﷺ في قتيل من الأنصار وجد في جب لليهود ، قال : فبدأ رسول الله ﷺ باليهود ، فكلفهم قسامة خمسين ، فقالت اليهود : لن نحلف ، فقال رسول الله ﷺ للأنصار : أفتحلفون ؟ فأبت الأنصار أن تحلف ، فأغرم رسول الله ﷺ اليهود ديته ، لأنه قتل بين أظهرهم . ورواه ابن أبي شيبة-رحمه الله - في «مصنفه» : حدثنا عبد الأعلى عن معمر به . وكذلك رواه الواقدي في« المغازي » في غزوة خيبر حدثني معمر به . وقال الأترازي : سعيد بن المسيب من أعلى طبقات التابعين ، ولكن في ذكره نظر؛ لأنه لم يذكر روايته في كتب الحديث في هذا الباب مثل« الموطأ » و«الصحيح» و«السنن» و«شرح الآثار»وغير ذلك نعم فروي عن الزهري-رحمه الله - ذلك في «شرح الآثار» .

وأشار به إلى ما رواه الطحاوي -رحمه الله - : حدثنا أبو بشر الدرقي ، حدثنا أبو معاوية الضرير عن ابن أبي ذئب عن الزهري -رضي الله تعالى عنه : «أن رسول الله ﷺ : قضى بالقسامة على المدعى عليهم» ، فدل ذلك أن القسامة على المدعي [عليهم] لا على المدعين على ما بيّن الزهري -رحمه الله ، انتهى . قلت : عدم الاطلاع في كتب الحديث يؤدي إلى هذه المقالة ، فكيف ينكر الأترازي -رحمه الله- هذا ، وقد روى عبد الرزاق وابن أبي شيبة والواقدي عن

ولأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي إلى الاستحقاق ، ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل ، فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة . وقوله «يتخيرهم الولي » إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولي ؛ لأن اليمين حقه ، والظاهر أن يختار من يتهمه بالقتل أو يختار صالحي أهل المحلة ، لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز ، فيظهر القاتل ، وفائدة اليمين النكول ، فإن كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح . ولو اختاروا أعمى أو محدوداً في قذف جاز ؛ لأنه يمين وليس بشهادة .

سعيد بن المسيب به ولم يذكر الطحاوي -رحمه الله- سعيداً، بل اقتصر على الزهري وفي كل منهما كفاية للحجة، ومعمر بفتح الميمين بن راشد . وأبو معاوية الضرير محمد بن خازم بالخاء والزاي المعجمتين .

وابن أبي ذئب محمد بن عبد الرحمن بن الحارث بن أبي ذئب ، واسم أبي ذئب هشام بن شعبة بن عبد الله بن قيس القرشي العامري المدني . والزهري هو محمد بن مسلم بن شهاب .

م: (**ولأن اليمين حجة للدفع**) ش: قد مضى الدعوى أن اليمين ليست بحجة صالحة لاستحقاق بنفسه، فكيف يصلح حجة صالحة لاستحقاق بنفس محترمة خصوصًا في موضع يتيقن بأن الحالف مجازف يحلف ما لم يعاينه بأمر مجهول وهو اللوث ، وإنما شرعت اليمين لاتقاء ما كان ، فلا يستحق بها ما لم يكن مستحقًا ، يشير إلى هذا بقوله: حجة الدفع م: (**دون الاستحقاق وحاجة الولي إلى الاستحقاق ، ولهذا**) ش: أي ولكون حاجة الولي إلى الاستحقاق م: (**لا يستحق بيمينه المال المبتذل ، فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة**) ش: قال شيخنا العلاء -رحمه الله- : هذا معنى قول مالك وأحمد وقول الشافعي -رحمهما الله- في إيجاب القصاص ، وبقي قوله الآخر «يستحق بيمينه النفس »، أي القصاص ، إلا أنه سقط باعتبار الشبهة ، فصار إلى الدية بدلاً عن القصاص .

م: (**وقوله**) ش: أي وقول القدوري م: (**يتخيرهم الولي ، إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولي ، لأن اليمين حقه، والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل**) ش: مثل الفسقة والشبان ، لأن تهمة القتل فيهم أكثر م: (**أو يختار صالحي أهل المحلة**) ش: أي يختار الصالحين من أهل المحلة م: (**لما أن تحرزهم**) ش: أي أن تحرز الصالحين م: (**عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز فيظهر القاتل ، وفائدة اليمين النكول ، فإن كانوا لا يباشرون ويعلمون**) ش: أي القاتل م: (**يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح**) ش: بالطاء المهملة ، وهو نقيض الصالح .

م: (**ولو اختاروا أعمى أو محدوداً في قذف جاز ؛ لأنه يمين وليس بشهادة**) ش: احترز به عن

قال وإذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي- رحمه الله-: لا تجب الدية لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عبد الله بن سهل - رضي الله عنه - : «تبرئكم اليهود بأيمانها» ، ولأن اليمين عهدت في الشرع مبرئاً للمدعى عليه لا ملزماً كما في سائر الدعاوى . ولنا : أن النبي عليه الصلاة والسلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي مريم ، وهكذا جمع عمر -رضي الله عنه- بينهما على وادعة .

اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما لما أن اللعان شهادة والأعمى أو المحدود في القذف ليسا من أهل أدائها .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية**) ش: أي على عاقلتهم في ثلاث سنين ، لأن حالهم هنا دون حال من باشر بالقتل خطأ ، والدية هناك على العاقلة في ثلاث سنين ، فهنا أولى . وذكر اختلاف زفر ويعقوب -رحمهما الله - قال زفر : القسامة والدية على العاقلة . وقال أبو يوسف -رحمه الله : لا قسامة على العاقلة بل الدية عليهم ، لأن التحمل يجري في الدية ولا يجري في اليمين م: (**ولا يستحلف الولي**) .

م: (**وقال الشافعي -رحمه الله -: لا تجب الدية**) ش: إذا حلف المدعي عليه ، وبه قال مالك وأحمد وأبو الليث وأبو ثور -رحمهما الله -م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**في حديث عبد الله بن سهل - رضي الله عنه - : «تبرئكم اليهود بأيمانها»**) ش: هذا قطعة من حديث عبد الله بن سهل، وقد مرت قطعة منه عن قريب . وقال أبو داود -رحمه الله : رواه بشر بن الفضل ومالك عن يحيى بن سعيد فقال فيه : «**أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم؟**»، رواه ابن عيينة عن يحيى فبدأ بقوله: «**تبرئكم يهود بخمسين يميناً**» .

م: (**ولأن اليمين عهدت في الشرع مبرئاً للمدعي عليه لا ملزماً كما في سائر الدعاوي**) ش: فكذا هنا ليكون موافقاً للأصول .

م: (**ولنا أن النبي عليه الصلاة والسلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل**) ش: ابن زيد، قد مر أنه أخرجه الأئمة الستة ، وفيه : «**أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم ؟**»، وفي آخره : «**فوداه رسول الله ﷺ بمائة من إبل الصدقة**» . قال سهلفلقد ركضتني منها ناقة حمراء . والمقتول كان عبد الله بن سهل -رضي الله عنه- .

م: (**وفي حديث زياد بن أبي مريم**) ش: فقال المخرج : غريب ، يعني لم يثبت م: (**وهكذا جمع عمر -رضي الله عنه- بينهما**) ش: أي بين الدية والقسامة م: (**على وادعة**) ش: وهي بطن من همدان ، وذكره في «الجمهرة»، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» : أخبرنا الثوري عن مجالد

وقوله عليه الصلاة والسلام : « تبرئكم اليهود» محمول على الإبراء عن القصاص والحبس. وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين ، والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا ، بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل ، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم ، أو وجبت

ابن سعيد وسليمان الشيباني عن الشعبي : أن قتيلاً وجد بين وادعة وشاكر فأمر عمر-رضي الله عنه -أن يقيسوا ما بينهما ، فوجدوه إلى وداعة أقرب ، فحلفهم عمر - رضي الله عنه - خمسين يمينًا ، كل رجل ما قتلت ولا علمت له قاتلاً ثم غرمهم الدية . وأخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه » حدثنا وكيع حدثنا إسرائيل عن أبي إسحاق عن الحارث بن الأزمع قال وجد قتيل بين وادعة وأرحب ، فذكره بنحوه.

م: (**وقوله عليه الصلاة والسلام: « تبرئكم اليهود»**[1]) ش: هذا جواب عن استدلال الشافعي بحديث عبد الله بن سهل المذكور أي قول النبي ﷺ تبرئكم اليهود م: (**محمول على الإبراء عن القصاص والحبس**) ش: تقريره أن قول الخصم الحلف مبرئ . قلنا نحن نقول بموجبه ولكن يبرئ عما وجب لأجله الحلف وهو القصاص لا عن غيره ، كما إذا كانت الدعوى على شيء فحلف المدعى عليه على ذلك الشيء انقطعت الخصومة عنه ، وهنا فيما نحن فيه استحلف كل واحد منهم على دعوى القتل ، فباليمين انقطعت الخصومة عن دعوى القتل ، فلم يجب القصاص ، ولكن وجب عليه شيء آخر لا لكونه قاتلاً بل لتقصيرهم في صيانة المحلة عن فساد القتل ، لأنه لولا تقصيرهم لما وقع هذا الأمر ، والتسبيب في القتل بهذا الطريق موجب الدية في الشرع .

ألا ترى أن العاقلة يؤخذون بالدية وهم ما قتلوا ولكن قصروا في صيانة الدم عن الإهدار ، هذا الذي قاله الأترازي وغيره ، وأحسن منه في الجواب عنه ما قاله أبو داود - رحمه الله - في حديث سهل المذكور ، رواه بشر بن المفضل ومالك عن يحيى بن سعيد قالا فيه « **أتحلفون خمسين يمينًا وتستحقون دم صاحبكم ؟** » ، رواه ابن عيينة عن يحيى قيدا بقوله : «**تبركم يهود بخمسين يمينًا**» وهو وهم من ابن عيينة .

م: (**وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين ، والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا ، بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة ، فيقروا بالقتل ، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم ، أو وجبت**

---

(١) هذا طرف من حديث سهل الذي أخرجه الأئمة الستة في كتبهم .

بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ .ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف ؛ لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم ، ولهذا يجمع بينه وبين الدية ، بخلاف النكول في الأموال ؛ لأن اليمين بدل عن أصل حقه ، ولهذا يسقط ببذل المدعي ، وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية ، هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة ، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم والدعوى في العمد أو الخطأ ، لأنهم لا يتميزون عن الباقي . ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه عمداً أو خطأ ؛ فكذالك الجواب يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب ،

بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ) ش: هذا جواب آخر عن حديث الخصم ، وقد قررناه عن قريب .

م: (ومن أبي منهم اليمين) ش: أي ومن امتنع عن اليمين من الخمسين الذين اختارهم الولي م: (حبس حتى يحلف ؛ لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيمًا لأمر الدم) ش: فمن نكل عن حق مستحق لذاته فقد ظلم ، وجزاء الظالم الحبس ، وإنما قال : مستحق لذاته ليسلم، لأنه بدل عن الدية م: (ولهذا يجمع بينه وبين الدية) ش: ولو كان بدلا عن الدية لما جاز [الجمع]بينهما .

م: (بخلاف النكول في الأموال ؛ لأن اليمين) ش: في الأموال م: (بدل عن أصل حقه) ش: أي حق المدعي ، وأصل حقه في المال م: (ولهذا) ش: أي ولكون أصل حقه في المال م: (يسقط) ش: أي اليمين م: (ببذل المدعي ، وفيما نحن فيه لا يسقط) ش: أي اليمين م: (ببذل الدية) ش: بل تجب اليمين المكررة م: (هذا الذي ذكرنا) ش: أي من وجوب القسامة والدية م: (إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة ، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم ، والدعوى في العمد أو في الخطأ لأنهم) ش: أي لأن البعض لا بأعيانهم م: (لا يتميزون عن الباقي) ش: فصار كما إذا ادعى على البعض .

م: (ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه) ش: سنذكره من بعد إن شاء الله ، أي سنذكر حكم من ادعى على واحد من غير أهل المحلة بعد ورقتين عند قوله : وإن ادعى على واحد منهم سقط عنهم ، هذا وقع في بعض النسخ ، وفي بعضها وقع مثل ما ذكر ها هنا .

ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنهم قتلوا . . . . إلى آخره م: (عمدًا أو خطأ فكذلك الجواب) ش: يعني تجب القسامة والدية م: (يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب) ش: أي في كتاب القدوري -رحمه الله- ، لأنه قال : وإذا وجد قتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم . . إلى آخره .

وهكذا الجواب في «المبسوط » وعن أبي يوسف - رحمه الله-في غير رواية الأصل : أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة ، ويقال للولي: ألك بينة ، فإن قال لا، يستحلف المدعى عليه يميناً واحدة . ووجهه: أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل في غيرهم ، وإنما عرف بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم ، وفيما وراءه بقي على أصل القياس ، وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم . وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة ؛ لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس . بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم ؛ لأنه ليس فيه نص ، فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ، ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينة ، وإن لم تكن استحلفه

وأطلق وجوب القسامة والدية على أهل المحلة ولم يقيد الدعوى بالوقوع على الجميع أو على البعض بأعيانهم أو لا بأعيانهم م: (وهكذا الجواب في «المبسوط») ش: يعني أوجب القسامة والدية مطلقًا .

م: (وعن أبي يوسف - رحمه الله-في غير رواية الأصل : أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة ، ويقال للولي ألك بينة ، فإن قال لا ، يستحلف المدعى عليه على قتله يمينًا واحده . ووجهه) ش: أي وجه ما روي عن أبي يوسف -رحمه الله- م: (أن القياس يأباه) ش: أي يأبى الحلف .

م: (لاحتمال وجود القتل من غيرهم ، وإنما عرف) ش: أي الحلف م: (بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعى القتل عليهم ، وفيما وراءه) ش: وهو ما إذا كان الدعوى على البعض بعينه م: (بقي على أصل القياس) ش: فلم تجب القسامة م: (وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم) ش: فإن فيه البينة من المدعي أو اليمين من المدعى عليه .

م: (وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة ؛ لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ، ودعوى فنوجبه) ش: أي نوجب كل واحد من القسامة والدية .

وفي بعض النسخ: فنوجبها ، أي القسامة والدية م: (بالنص) ش: الذي ذكر م: (لا بالقياس. بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم ؛ لأنه ليس فيه نص ، فلو أوجبناهما) ش: أي القسامة م: (لأوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ، ثم حكم ذلك) ش: أي حكم ما إذا ادعى على واحد منهم من غيرهم م: (أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينة ، وإن لم تكن استحلفه) ش: أي المدعى عليه

يميناً واحـدة ؛ لأنه ليس بقسـامة لانعـدام النص وامـتناع القيـاس ، ثم إن حلف برئ ، وإن نكل والدعوى في المال ثبت به ، وإن كان في القصاص فهـو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى . قال : وإن لـم يكمل أهل المحلـة كررت الأيمان عليهم حـتى تتم خمسين ، لما روي: أن عـمر - رضي الله عنه- لما قضى في القسامة وافى إليه تسعة وأربعون رجلاً فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية . وعن شريح والنخعي -رضي الله عنهما- مثل ذلك ،

م: (**يمينًا واحدة ؛ لأنه ليس بقسامة لانعـدام النص وامتنع القياس ، ثم إن حلف**) ش: أي المدعى عليه م: (**برئ ، وإن نكل والدعوى في المال ثبت به**) ش: أي بالنكول سواء كانت الدعوى في القتل خطأ أو في القتل عمداً فالمال يثبت .

م: (**وإن كان**) ش: أي الدعوى والتذكير على تأويل الادعاء م: (**في القصاص فهو**) ش: أي الحكم فيه م: (**على اختـلاف مضى في كتـاب الدعوى**) ش: في باب اليـمين ، بيـانه أنه إذا ادعى قصاص على غيره فجحد استحلف لقوله عليه السلام : «واليمين على من أنكر » فإن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص عند أبي حنيفة -رحمه الله- خلافًا لأبي يـوسف ومحـمـد -رحـمهما الـلـه- فعنـدهـمـا يجـب الأرش ، وقـد مـر هـنـاك مفـصـلاً .

م: (قال) ش: أي القـدوري -رحـمـه الله- : م: (**وإن لم يكمـل أهل المحلة كـررت الأيمان عليهم حـتى تتم خمـسين ، لما روي أن عمر -رضي الله عنه - لما قـضى في القسـامة وافى إليه تسـعة وأربعون رجـلاً فكرر اليـمين على رجل منهم حتى تمت خـمسين ثم قـضى بالدية**) ش: روى ابـن أبـي شيبة في «مصنفه» بلفظ روى معنى ما ذكره المصنف -رحمه الله- فقال : حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن عبد الله بن زيد الهذلي عن أبي مليح : أن عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه - رد عليهم الأيمان حتى وفوا .

وروى الكرخي في «مختصره» بإسناده إلى ابن الأعرج ، قال حدثنا الحارث بن الأزمع : أنه كان فيمن حلف فأقسموا بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً ، وكانوا تسعة وأربعين رجلاً ، فأخذ عمر -رضي الله تعالى عنه - منهم رجلا حتى أتموا خمسين ، فقالوا : أيماننا وأموالنا .

قال عمر -رضي الله تعالى عنه - : فبم يبطل دم هذا ؟ قول المصنف :حتى تتم الخمسين ، أي حتى تتم القسامة خمسين رجلا ، قوله وافى إليه ، هكذا ذكر المصنف -رحمه الله- وأهل اللغة ، يقولون وافاه بدون الصلة ، أي أتاه .

م: (**وعن شـريح والنخعي - رضي الله عنهـما - مـثل ذلك**) ش: أما حديث شريح القاضي فرواه ابن أبي شيبة : حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن أشعث عن ابن سيرين بلغ عن شريح ،

ولأن الخمسين واجب بالسنة فيجب إتمامها ما أمكن ، ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ، ثم فيه استعظام أمر الدم ، فإن كان العدد كاملاً فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك ؛ لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال . قال : ولا قسامة على صبي ولا مجنون لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح ، واليمين قول صحيح . قال : ولا امرأة ولا عبد لأنهما ليسا من أهل النصرة ، واليمين على أهلها . قال وإن وجد ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا دية ، لأنه ليس بقتيل ، إذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي ، وهذا ميت حتف أنفه

قال : جاءت قسامة فلم يوفوا خمسين فردت عليهم القسامة حتى أوفوا ، وأما حديث إبراهيم النخعي فرواه عبد الرزاق في «مصنفه» أخبرنا الثوري عن مغيرة عن إبراهيم النخعي ، قال : إذا لم تبلغ القسامة كرروا حتى يحلفوا خمسين يمينًا .

م: (**ولأن الخمسين واجب بالسنة فتجب إتمامها ما أمكن ، ولا يطلب فيها الوقوف على الفائدة**) ش: يعني لا يقال ما الفائدة في تعيين الخمسين ولا يطلب في الخمسين ؟ والوقوف على الفائدة م: (**لثبوتها بالسنة**) ش: أي لثبوت الخمسين بالأحاديث الآثار .

م: (**ثم فيه**) ش: أي في الخمسين م: (**استعظام أمر الدم**) ش: ولهذا يكرر اليمين في اللعان وأمر الدم أقوى .

م: (**فإن كان العدد كاملاً فأراد الولي أن يكرر على أحدهم**) ش: أي على أحد الخمسين لظنه فيه بالأمر الذي حصل م: (**فليس له ذلك ، لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال**) ش: فإذا كان كاملاً فلا ضرورة إلى الزيادة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله-: م: (**ولا قسامة على صبي ولا مجنون ؛ لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح ، واليمين قول صحيح ، قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**ولا امرأة ولا عبد**) ش: أي ولا قسامة على امرأة ولا على عبد .

م: (**لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها**) ش: أي على أهل النصرة ، ولأن هؤلاء أتباع وليسوا بأصول ، وقد قال أحمد وربيعة والثوري والأوزاعي ، وقال مالك : النساء يدخلن في قسامة الخطأ دون العمد . وقال ابن الهاشم لا يقسم إلا اثنان فصاعداً ، لما أنه لا يقبل إلا شاهدين . وقال الشافعي -رحمه الله : يقسم كل وارث بالغ ، لأنها يمين في دعوى فيشرع في حق النساء .

م: (**قال وإن وجد ميتًا لا أثر به فلا قسامة ولا دية ؛ لأنه ليس بقتيل ، إذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي ، وهذا ميت حتف أنفه**) ش: وبه قال أحمد في رواية وحماد والثوري .

والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تـتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستـدل به على كونه قتيـلاً ، وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضـرب أو خنق ، وكذا إذا كان خرج الدم من عينـه أو أذنه ؛ لأنه لا يخرج منهما إلا بفعل من جهـة الحي عادة . بخلاف ما إذا خرج من فيـه أو دبره أو ذكره ؛ لأن الدم يخرج من هذه المخـارج عادة بغير فـعل أحد ، وقد ذكرناه في الشـهيد . ولو وجد بدن القتـيل أو أكثر من نصف البدن أو النصـف ومعه الرأس في محلة ، فعلى أهلها القسامة والدية ، وإن وجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من

وقالت الأئمة الثلاثة : الأثر ليس بشرطه بعد ثبوت اللوث م: (والغرامة تتبـع فعل العبد) ش: يعني وجوب الغرامة ، أي الدية إنما تكون بفعل العبد ، ولا شيء هنا يدل على فعله م: (والقسامة تتبع احتمال القتل) ش: وهذا تحمل الموت حتف أنفه ، بل الظاهر هذا عند عدم الأثر .

م: (ثم يجب عليهم القسم) ش: أي يجب على العبد واليمين م: (فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا ، وذلك) ش: أي الأثر الذي يدل على كونه قتيلاً م: (بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق ، وكذا إذا كـان خرج الدم من عينه أو أذنه) ش: قال الأترازي -رحمه الله- : صاحب« الهداية» لم يذكر فيها الأنف ، والغالب أنه سهو القلم ، لأنه ذكره في «البداية » كما ذكره القدوري -رحمه الله- في «مختصره » .

قلت : لا سهو هناك ، لأن الدم يخرج من الأنف غالبًا ، من الرعاف ، فلا تصلح دليلا مع أن الأترازي -رحمه الله- قال في «شرحه» : وخروج الدم من موضع يخرج منه الدم عادة من غير ضرب لا يكون أثر القتل ، كما إذا خرج من فمه أو أنفه ، لأنه قد يكون ذلك من رعاف فلا يصلح أن يكون دليلاً على وجود ضرب في المحلة م: (لأنه) ش: أي لأن الدم م: (لا يخرج منهما) ش: أي من العين والأذن م: (إلا بفعل من جهة الحي عادة) .

م: (بخلاف ما إذا خرج من فيه) ش: أي فمه م: (أو دبره أو ذكره ؛ لأن الدم يـخرج من هذه المخـارج عادة بغير فـعل أحد ، وقـد ذكرناه في الشـهيـد) ش: ، يعني في حـال الصـلاة في باب الشهيد، والدم الذي يخرج من الدبر لا يكون دليلاً على القتل، فإنه قد يكون لعلة في الباطن وقد يكون أكل شيء غير موافق ، وكذلك إذا خرج الدم من الاحليل لايكون دليلاً على القتل لأنه قد يكون ذلك لعرق انفجر في الباطن أو لضعف في الكلى ، أو لضعف الكبد وقد يقع من شدة الحرق أيضًا .

م: (ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف) ش: أي أو وجد نصف البدن م: (ومعه الرأس في محلة ، فعلى أهلها القسامـة والدية ، وإن وجد نصفه مشقوقًا بالطول أو وجد أقل من

النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه ، فلا شيء عليهم ؛ لأن هذا حكم عرفناه بالنص ، وقد ورد به في البدن ، إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي . بخلاف الأقل ؛ لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ، ولأنا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان . والأصل فيه

النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه ، فلا شيء عليهم) ش: هذا كله من مسائل الأصل ، ذكرها تفريعًا على مسألة القدوري -رحمه الله- م: (**لأن هذا حكم**) ش: أي لأن وجوب القسامة على أهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم م: (**عرفناه بالنص**) ش: بخلاف القياس .

م: (**وقد ورد به**) ش: أي ورد الحكم م: (**في البدن ، إلا أن للأكثر حكم الكل**) ش: هذا كأنه جواب عما يقال : إذا كان النص ورد في البدن كان ينبغي أن يقتصر الحكم على البدن فقط ، فأجاب بأن لأكثر البدن حكم كله ، لأن الأكثر في كثير من المواضع يقوم مقام الكل ، ولا سيما ها هنا م: (**تعظيمًا للآدمي**) ش: في أمر دمه وما سواء على أصل القياس في عدم وجوب القسامة والدية .

م: (**بخلاف الأقل ؛ لأنه ليس ببدن ولا ملحق به ، فلا تجري فيه القسامة ، ولأنا لو اعتبرناه**) ش: أي الأقل م: (**تتكرر القسامتان والديتان**) ش: أي على تقدير أن يوجد الباقي في محلة أخرى م: (**بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان**) ش: أي القسامة والدية ، لأنه إذا وجب بالأقل وجب بالأكثر إذا وجد ، وكذلك لو وجب بالنصف الآخر فيتكرر القسامتان والديتان مقابل نفس واحدة ، وذلك لا يجوز .

فإن قيل : ينبغي أن تجب القسامة إذا وجد الرأس ، لأنه يعبر به عن جميع البدن .

أجيب : بأن ذلك بطريق المجاز ، والمعتبر هو الحقيقة ، ولأنه لو وجبت بالبدن بطريق الأولى ، فلزم التكرار .

وقال الأكمل : وقيل كان ينبغي أن يقول بتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لأن غرضه ثبوت القسامة تكرر أو ثبوت الدين تكرر أو عبارة التثنية يستلزم أن يكون أكثر من القسامتين والديتين ، انتهى . قلت القائل بهذا الأترازي في «شرحه»، وقيل الأكمل ، ثم قال : ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفساً .

م: (**والأصل فيه**) ش: أي في وجوب القسامة والدية .

أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه ، وإن كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب ، والمعنى ما أشرنا إليه ، وصلاة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الأصل ؛ لأنها لا تتكرر . ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة ؛ لأنه لا يفوق الكبير حالاً وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم ؛ لأن الظاهر أن تام الخلف ينفصل حياً . وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم ؛ لأنه ينفصل ميتاً لا حياً .

وقال تاج الشريعة : أي الأصل في جريان القسامة م: (**أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه ، وإن كان بحال لو وجد الباقي**) ش: من البدن م: (**لا تجري فيه القسامة**) ش: والدية لا يجريان في الموجود أولاً وإن كان الموجود بحال لو وجد الباقي لا يجريان في الباقي ، ويجريان في الموجود أولاً م: (**تجب ، والمعنى ما أشرنا إليه**) ش: أي المعنى في وجوبهما وعدم وجوبهما تكرر القسامة ، والدية وعدم تكررهما .

م: (**وصلاة الجنازة في هذا**) ش: أي في وجود بعض الميت م: (**تنسحب على هذا الأصل**) ش: يعني إذا وجد الأكثر لا يصلى عليه ، وهذا أشار إلى أنه إذا كان معه الرأس يصلى عليه وإلا فلا ، وإنما تنسحب على الأصل المذكور م: (**لأنها**) ش: أي لأن صلاةالجنازة م: (**لا تتكرر**) ش: كما أن القسامة لا تتكرر .

وفي «الفتاوى» : إذا وجد من الميت أقل من النصف وليس فيه الرأس وحده لا يصلى عليه ، ولو وجد يصلى عليه ، ولو وجد النصف مشقوقًا بنصفين مع كل نصف نصف من الرأس لا يغسل ولا يصلى عليه ، ولو وجد الكل إلا الرأس يصلى عليه ، فكذا في القسامة إذا وجد الرأس وحده في المحلة لا تجب القسامة ، وإذا وجد البدن كله إلا الرأس يجب . إلى هنا لفظ «الفتاوى الصغرى» .

م: (**ولو وجد فيهم**) ش: أي في أهل المحلة م: (**جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة ؛ لأنه**) ش: أي لأن كل واحد من الجنين والسقط م: (**لا يفوق الكبير حالاً**) ش: بتخفيف اللام ، أي من حيث المآل ، يعني إذا وجد الكبير ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا.

م: (**وإن كان به**) ش: أي الجنين م: (**أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم**) ش: أي : على أهل المحلة م: (**لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيًا**)

ش: فإن قيل: الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ، ولهذا قلنا في عين الصبي وذكره

قال : وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة ؛ لأنه في يده ، فصار كما إذا كان في داره . وكذا إذا كان قائدها أو راكبها ، فإن اجتمعوا فعليهم ، لأن القتيل في أيديهم ، فصار كما إذا وجد في دارهم . قال : وإن مرت به دابة بين القريتين وعليها قتيل فهو على أقربهما ؛لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بقتيل وجد بين قريتين ،

ولسانه إذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا .

وأجيب : بأن الجنين نفس من وجه عضو من وجه فاعتبر جهة النفس ، إذا انفصل حيا ، . فيستدل عليه بتمام الخلق ، فكان الظاهر هنا بمنزلة القتيل الموجود في المحلة وله أثر الجراحة ، وإن كان يحتمل أنه مات حتف أنفه لا بسبب الجراحة ، أما الأعضاء يسلك مسلك الأموال ولا تعظيم للأموال كتعظيم النفس ، فكان فيها شبه المالية فلم يوجب الدية التي لها خطر إلا عند اليقين م: (**وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم ؛ لأنه ينفصل ميتًا لا حيًا**) ش: وفي الميت لا يجب شيء .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة ؛ لأنه في يده ، فصار كما إذا كان في داره**) ش: ولا فرق بين أن تكون الدابة ملكًا للسائق والقائد أو الراكب ، لأن القتيل في يده ، فكان أخص به من أهل المحلة .

ومن المشايخ من قال : هذا إذا لم يكن للدابة مالك معروف ، والأصح إطلاق الجواب .

م: (**وكذا إذا كان قائدها أو راكبها**) ش: تكون الدية عليه مطلقًا م: (**فإن اجتمعوا فعليهم**) ش: أي فإن اجتمع السائق والراكب والقائد فالدية عليهم م: (**لأن القتيل في أيديهم ، فصار كما إذا وجد في دارهم**) .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد في « الجامع » : م: (**وإن مرت به دابة بين القريتين**) ش: فأمر أن يذرع ، هذا الحديث رواه أبو داود الطيالسي وإسحاق بن راهوية والبزار في «مسانيدهم» والبيهقي -رحمهم الله- في« سننه » عن أبي إسرائيل الملائي واسمه اسماعيل بن أبي إسحاق عن عطية عن أبي سعيد الخدري -رضي الله تعالى عنه - أن قتيلا وجد بين حيين فأمر النبي ﷺ أن يقاس إلى أيهما أقرب م: (**وعليها قتيل فهو على أقربهما ؛ لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بقتيل وجد بين قريتين**) ش: فوجد أقرب إلى أحد الحيين بشبر ، قال أبو سعيد الخدري : كأني أنظر إلى شبر رسول الله ﷺ فألقى ديته عليهم[1] .

---

(١) قال الهيثمي في« المجمع» (٨/ ١٦٢) : رواه أحمد والبزار ، وفيه عطية العوفي وهو ضعيف .

فأمر أن يذرع . وعن عمر -رضي الله عنه- : «أنه لما كتب إليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وأرحب ، كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتيل إلى وادعة أقرب فقضى عليهم بالقسامة » .
قيل : هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت ، لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا . قال وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه ، لأن الدار في يده والدية على عاقلته ؛ لأن نصرته منهم وقوته بهم . قال : ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة ، وهو قول محمد . وقال أبو يوسف -رحمه الله -

---

فإن قلت : هذا رواه ابن عدي والعقيلي في «كفايتهما» بلفظ : فألقى ديته على أقربهما وأعلاه بـ « أبي إسرائيل » ، وضعفه ابن عدي عن قوم ، وقال البزار : ليس بقوي في الحديث ، وقال النسائي ليس ثقة ، وكان يسب عثمان .

قلت : وثقه ابن معين ، ووثقه أيضًا ابن عدي و قوم آخرين م: (فأمر أن يذرع) .

م: (وعن عمر -رضي الله عنه - أنه لما كتب إليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وأرحب كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتيل إلى وادعة أقرب ، فقضى عليهم بالقسامة) ش: هذا رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» : حدثنا وكيع حدثنا إسرائيل عن أبي إسحاق عن الحارث بن الأزمع قال : وجد قتيل باليمن بين وادعة وأرحب ، فكتب عامل عمر -رضي الله تعالى عنه - إليه فكتب إليه عمر أن قس ما بين الحيين ، فإلى أيهما كان أقرب فخذهم به .

قال : فقاسوا فوجدوه أقرب إلى وادعة فأخذنا ، الحديث ، قوله : وادعة وأرحب بالحاء المهملة حيان من همدان م: (قيل : هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت ؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا) ش: في النصرة مع إمكانها ، فصار كأنهم قتلوه تقديرًا ، فيلزمهم القسامة والدية .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه) ش: أي على صاحب الدار ، وقال مالك : لا قسامة ولا غرامة في قتيل وجد في دار قوم ، وقال الشافعي -رحمه الله- يكون تعمدًا للوث م: (لأن الدار في يده والدية على عاقلته ؛ لأن نصرته منهم وقوته بهم) ش: أي بالعاقلة .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة -رحمه الله- وهو قول محمد) ش: عند أبي حنيفة ليظهر [. . .] خلافًا لأبي يوسف -رحمه الله . وقال محمد : مضطرب .

م: (وقال أبو يوسف-رحمه الله - هو) ش: أي القسامة ، ذكر الضمير بالتذكير على تأويل

سهو عليهم جميعاً لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام جعل القسامة والدية على اليهود ، وإن كانوا سكاناً بخيبر . ولهما : أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان ؛ لأن سكنى الملاك ألزم ، وإقرارهم أدوم ، فكانت ولاية التدبير إليهم ، فيتحقق التقصير منهم . وأما أهل خيبر فالنبي عليه الصلاة والسلام أقرهم على أملاكهم ، فكان يأخذ منهم على وجه الخراج . قال: وهي على أهل الخطة دون المشترين ،

القسم أو الحلف قاله الأترازي ، رأيت في بعض النسخ هي على الأصل فلا يحتاج إلى التكلف م: (**عليهم جميعًا**) ش: أي على المذكورين في القسامة على السكان والملاك ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- وأحمد وابن أبي ليلى -رحمه الله- وكان أبو يوسف يقول أولاً كقولهما، ثم رجع م: (**لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام**) ش: أي أن النبي ﷺ م: (**جعل القسامة والدية على اليهود ، وإن كانوا سكانًا بخيبر**) ش: في قصة عبد الله بن سهل لما وجد قتيلاً في خيبر وقد كانوا سكانها ، لأنها كانت للمسلمين، وكان اليهود عمالهم .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد -رحمه الله-: م: (**أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان ؛ لأن سكنى الملاك ألزم ، واقرارهم أدوم ، فكانت ولاية التدبير إليهم ، فيتحقق التقصير منهم . وأما أهل خيبر**) ش: هذا جواب عما تمسك أبو يوسف بما ذكره تقريره أن يقال: م: (**فالنبي عليه الصلاة والسلام أقرهم على أملاكهم ، فكان يأخذ منهم**) ش: الذي يأخذه م: (**على وجه الخراج**) .

ش: وقد روى الطحاوي بإسناده إلى سليمان بن بلال عن يحيى بن سعيد : أن خيبر يومئذ كانت صلحًا ، فإذا ثبت ذلك كانت خيبر ملكًا لليهود ، فعلم أن القتيل كان قبل الفتح ، ولئن سلمنا أنه كان بعده فتقول : إن اليهود كانت لهم أملاك ، ولهذا عوضهم عمر -رضي الله تعالى عنه- لما أجلاهم ، كذا قاله القدوري في «التجريد» .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**وهي**) ش: أي القسامة والدية ، وفي بعض النسخ وهو قاله الكاكي -رحمه الله : أي المذكور من وجوب القسامة والدية م: (**على أهل الخطة**) ش: يريد ما خطه الإمام حين فتح البلد ، والخطة المكان المحيط بناء دار أو غيرها من العمارات .

ومعناه على أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الإمام البلد وقسمها بين الغانمين ، فإنه يخط خطة لتمييز أنصبائهم م: (**دون المشترين**) ش: يعني ليس عليهم.

وهذا قول أبي حنيفة ومحمد-رحمهما الله - . وقال أبو يوسف-رحمه الله - الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ، وبهذا الطريق يجعل جانياً مقصراً ، والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه . ولهما : أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف . ولأنه أصيل ، والمشتري دخيل وولاية التدبير إلى الأصيل . وقيل : أبو حنيفة - رحمه الله -بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة . قال : وإن بقي واحد منهم فكذلك ، يعني من أهل الخطة لما بينا ، وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم فهو على المشترين ؛ لأن الولاية انتقلت إليهم

م: (**وهذا**) ش: أي المذكور م: (**قول أبي حنيفة ومحمد-رحمهما الله - ، وقال أبو يوسف-رحمه الله : الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ، وبهذا الطريق يجعل جانيًا مقصرًا ، والولاية**) ش: أي ولاية الحفظ م: (**باعتبار الملك**) ش: وفيما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف أسباب الملك كاستحقاق الشفعة ، فإنه مبنى على الملك ولا تفاوت فيه بين أهل الخطة والمشترين ، فكذا هنا ، فإذا كان كذلك م: (**وقد استووا**) ش: أي أهل الخطة والمشترين م: (**فيه**) ش: أي في الملك ، لأنهم مالكون جميعًا ، ولهذا إذا تحول الملك من أهل الخطة جميعًا ولم يبق واحد منهم كانت القسامة على المشترين .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- م: (**أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف**) ش: فإن العرف أن أصحاب الخطة يقومون بحفظ المحلة وتدبيرها دون المشترين م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن صاحب الخطة م: (**أصيل ، والمشتري دخيل**) ش: لأنه بمنزلة التبع .

م: (**وولاية التدبير إلى الأصيل ، وقيل: أبو حنيفة-رحمه الله - بنى ذلك**) ش: أي ما ذهب إليه م: (**على ما شاهد بالكوفة**) ش: أي من عادة أهل الكوفة في زمانه ، وهو أن أصحاب الخطة في كل محلة كانوا هم الذين يقومون بتدبير المحلة ، وأبو يوسف بنى على عادة بلده أن التدبير إلى الأشراف من أهل الخطة كانوا أو لا ، كذا في «التحفة» .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وإن بقي واحد منهم**) ش: أي من أهل الخطة م: (**فكذلك**) ش: الحكم ، وفسر المصنف يرجع الضمير في قول القدوري -رحمه الله- إلى واحد منهم بقوله م: (**يعني من أهل الخطة**) ش: وقوله: م: (**لما بينا**) ش: إشارة إلى قوله ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة ، وإلى قوله ولأنه أصيل والمشتري دخيل .

م: (**وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم**) ش: أي من أهل الخطة م: (**فهو**) ش: أي المذكور من القسامة والدية م: (**على المشترين ؛ لأن الولاية انتقلت إليهم**) ش: أي إلى المشترين ،

أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يزاحمهم . وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً ،، وإن كانوا غيباً فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الأيمان وهذا عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - . وقال أبو يوسف-رحمه الله - : لاقسامة على العاقلة ، لأن رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم . ولهما : أن الحضور

هذا مذهب أبي حنيفة -رحمه الله- ومحمد من أن المشترين لم يكن لهم ولاية مع وجود واحد من أهل الخطة عندهما ، فإذا لم يبق أحد منهم بأن باع كلهم انتقلت الولاية إلى المشترين .

م: (**أو خلصت لهم**) ش: هذا على مذهب أبي يوسف -رحمه الله- ، لأن الولاية كانت لأهل الخطة والمشترين جميعًا ، فإذا لم يبق من أهل الخطة أحد حصلت الولاية للمشترين م: (**لزوال من يتقدمهم**) ش: يتعلق بقوله: انتقلت إليهم م: (**أو يزاحمهم**) ش: يتعلق بقوله حصلت لهم بطريق اللف والنشر .

م: (**وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضورا**) ش: وهو جمع حاضر ، لأن عاقلاً إذا كان صفة يجوز جمعه على فعول كمفعول في جمع فاعل م: (**وإن كانوا غيبًا**) ش: بضم الغين وتشديد الياء جمع غائب م: (**فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الأيمان**) .

قال الأكمل -رحمه الله- : إذا وجد القتيل في دار فالدية على صاحبها باتفاق الروايات ، وفي القسامة روايتان ففي إحداهما يجب على صاحب الدار ، وفي الأخرى : على عاقلته ، ولهذا يندفع من التدافع بين قوله .

قيل: هذا وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه ، وبين قوله هنا فالقسامة على رب الدار ، وعلى قومه يحمل ذلك على رواية ، وهذا على رواية أخرى ، وحكي عن الكرخي أنه كان يوافق بينهما ، ويقول الرواية التي يوجبها على صاحبها : محمولة على ما إذا كان قومه غيبًا والرواية التي يوجبها على قومه محمولة على ما إذا كانوا حضوراً ، كذا في« الذخيرة» م: (**وهذا**) ش: أي الحكم المذكور م: (**عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله-**) .

م: (**وقال أبو يوسف-رحمه الله - : لا قسامة على العاقلة ؛ لأن رب الدار أخص به من غيره**) ش: وقال الأترازي -رحمه الله-: وتذكير الضمير في به على تأويل الموضع م: (**فلا يشاركه غيره فيها**) ش: أي في القسامة م: (**كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم**) .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله-: م: (**أن الحضور**) ش: أي

لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار ، فيشاركونه في القسامة . قال : وإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فهو على رءوس الرجال ؛ لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير ، فيكون على عدد الرءوس بمنزلة الشفعة . قال : ومن اشترى داراً ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع ، وإن كان في البيع خيار لأحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -. وقالا : إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري ، وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له ؛ لأنه إنما أنزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ ، ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ، ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع ، والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات ، وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك

الحاضرين م: (لزمتهم نصرة البقعة ، كما تلزم صاحب الدار ، فيشاركونه) ش: أي صاحب الدار م: (في القسامة) .

م: (قال) ش: أي في« الجامع الصغير» : م: (وإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فهو) ش: أي العقل م: (على رءوس الرجال ؛ لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير ، فكانوا سواء في الحفظ والتقصير ، فيكون على عدد الرؤوس) ش: أي رءوس الرجال لا على عدد الأنصباء م: (بمنزلة الشفعة) ش: يكون على عدد الرؤوس.

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (ومن اشترى داراً ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو) ش: أي المذكور وهو الدية م: (على عاقلة البائع ، وإن كان في البيع خيار لأحدهما) ش: أي للبائع والمشتري م: (فهو على عاقلة الذي) ش: أي الدار م: (في يده ، وهذا) ش: أي الحكم المذكور م: (عند أبي حنيفة-رحمه الله -).

م: (وقالا: إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري ، وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له ؛ لأنه) ش: أي لأنه الذي يصير له الدار .

م: (إنما أنزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ ، ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية) ش: أي ولاية الحفظ م: (تستفاد بالملك ولهذا) ش: أي ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك م: (كانت الدية) ش: في هذا الموضع م: (على عاقلة صاحب الدار دون المودع) ش: لعدم ملكه ، وكذلك المستعير والمستأجر والغاصب والمرتهن حيث امتنع وجوب الدية على هؤلاء لهذا المعنى

م: (والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات ، وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك) ش:

كما في صدقة الفطر . وله : أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك . ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد ، وفي البات اليد للبائع قبل القبض ، وكذا فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض ، لأنه دون البات . ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفًا . ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب ، فتعتبر يده ، إذ بها يقدر على الحفظ . قال : ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده ؛ لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه، واليد وإن كانت دليلاً على الملك لكنها محتملة ،

إن كان الصادر من ذلك الملك عليه ، بخلاف ما لو جنى العبد في الباب قبل القبض حيث يخير المشترى بين رد البيع وإمضائه ، وهنا لا يخير ، لأن الدار لم تصر مستحقة بوجود القتيل فيها ، بخلاف العبد ، لأنه يصير مستحقًا بالجناية والاستحقاق من أفحش العيوب م: (كما في صدقة الفطر) ش: حيث يجب على من يحصل الملك فيه .

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة : م: (أن القدرة على الحفظ) ش: تكون م: (باليد لا بالملك) ش: غير أن الملك سبب اليد ، فإذا وجد الملك لأحدهما واليد للآخر كان اعتبار اليد أولى ، ثم أوضح ذلك بقوله : م: (ألا يرى أن يقتدر على الحفظ باليد دون الملك) ش: كالمودع .

م: (ولا يقتدر بالملك دون اليد) ش: في المضمون ، لأن الملك باق فيه لا قدرة عليه م: (وفي البات) ش: بتشديد التاء ، أي البيع البات م: (اليد للبائع قبل القبض ، وكذا) ش: أي وكذا الخيار للبائع م: (فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض ؛ لأنه دون البات) ش: أي لأن فيما فيه الخيار دون البيع البات .

م: (ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفًا) ش: أي من حيث التصرف م: (ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة) ش: احترز به عن يد المودع فالقسامة على المشتري أيضًا ، لأنه باليد يقوى الحفظ والتدبير م: (كالمغصوب) ش: فإنه مضمون بالقيمة .

م: (فتعتبر يده) ش: أي يد المشتري ، فتكون الدية على عاقلة المشتري الذي في يده الدار ، لأن القدرة على الحفظ باليد م: (إذ بها يقدر على الحفظ) ش: أي باليد والتذكير على اعتبار العضو ، وفي بعض النسخ : إذ بها فلا حاجة إلى التأويل .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها) ش: أي أن الدار ملك م: (للذي في يده ؛ لأنه لابد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه ، واليد وإن كانت دليلاً على الملك لكنها محتملة) ش: بأن تكون

فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلابد من إقامة البينة . قال : وإن وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين . لأنها في أيديهم ، واللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان . وكذا على من يمدها، والمالك في ذلك وغير المالك سواء ، وكذا العجلة . وهذا على ما روي عن أبي يوسف -رحمه الله -ظاهر ، والفرق لهما : أن السفينة تنقل وتحوّل

يده على طريق العارية أو الإجارة ونحوها .

وإن كان كذلك م: (**فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به**) ش: أي بالملك م: (**في الدار المشفوعة**) ش: لما عرف م: (**فلا بد من إقامة البينة**) ش: على الملك . وقال فخر الإسلام البزدوي في« شرحه »: يريد به إذا أنكرت العواقل أن تكون الدار له .

وقالوا : هي وديعة في يدك فاقول قولهم إلا أن يقيم بينة على الملك لما عرف أن الظاهر حجة للدفع لا للإستحقاق وقد احتجنا إلى الاستحقاق ها هنا ، فوجب إثباته بالبينة كمن طلب شفعة بالجوار في دار بيعت فأنكر المشتري الدار التي في يد المدعي ملكًا له فإنه لا يستحق الشفعة بيده عليها حتى يقيم البينة على الملك ، فكذلك ها هنا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإن وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين ؛ لأنها**) ش: أي لأن السفينة م: (**في أيديهم واللفظ**) ش: أي لفظ القدروي ، وهو قوله: على من فيها م: (**يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين كانوا فيها وعلى السكان**) .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده -رحمه الله-: قال : بعض المشايخ إنما يجب على الركاب إذا لم يكن السفينة مالك معروف ، فإذا كان لها مالك معروف فإن القسامة تجب على مالك السفينة ومنهم من يقول : يجب في الحالين على الذين كانت السفينة في أيديهم ، ومثل هذا التفصيل مر في الدابة .

م: (**وكذا على من يمدها**) ش: أي السفينة م: (**والمالك في ذلك وغير المالك سواء**) ش: يعني مالك السفينة في وجوب القسامة على من فيها وغير مالكها سواء م: (**وكذا العجلة**) ش: أي وكذلك الحكم في العجلة إذا وجد فيها قتيل يجب القسامة والدية على من فيها من مالك العجلة وغيرها .

م: (**وهذا**) ش: أي كون المالك وغيرهم سواء في القسامة م: (**على ما روي عن أبي يوسف - رحمه الله -ظاهر**) ش: لأنه يجعل السكان والملاك في القتيل الموجود في المحلة سواء .

م: (**والفرق لهما**) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد -رحمه الله- م: (**أن السفينة تنقل وتحول**

فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة . بخلاف المحلة والدار ؛ لأنها لا تنقل . قال : وإن وجد في مسجد محلة فالقسامة على أهلها ؛ لأن التدبير فيه إليهم . وإن وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال . لأنه للعامة لا يختص به واحد منهم . وكذلك الجسور للعامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين .

فيعتبر اليد دون الملك ، كما في الدابة) ش: يعني كما في القتيل الموجود على الدابة تعتبر اليد دون الملك ، لأنها تنقل وتحول .

م: (بخلاف المحلة والدار، لأنها لا تنقل) ش: وفي« الذخيرة » : المعتبر في هذا الباب التصرف والرأي والتدبير ، وكل ذلك يعرض إلى صاحب الخطة في الدار ، لأن يده غير منقطع عنها ، ولهذا لا يتحقق الغصب فيها ، بخلاف الدابة والسفينة فإن الرأي والتدبير إلى الكل .

م: (قال) ش: أي القدوري: م: (وإن وجد) ش: أي القتيل م: (في مسجد محلة فالقسامة على أهلها ؛ لأن التدبير فيه) ش: أي في المسجد م: (إليهم) ش: أي إلى أهل المسجد م: (وإن وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم) ش: وفي «المغرب» : الشارع هو الطريق الذي يشرع فيه الناس عامة على الإسناد المجازي ، أي من قولهم شرع الطريق إذا تبين .

م: (فلا قسامة فيه) ش: لأن القسامة عرف وجوبها بالنص ، والنص أوجبها في موضع خاص لا لأقوام معروفين.

م: (والدية على بيت المال ؛ لأنه) ش: أي لأن بيت المال م: (للعامة لا يختص به واحد منهم) ش: فإنه روى عن عمر -رضي الله تعالى عنه - فيمن قتل بزحام الناس بعرفة فجاء أهله إلى عمر فقال : بينتكم على من قتل ، وقال علي -رضي الله تعالى عنه - يا أمير المؤمنين لا يطل دم أمرئ مسلم إن علمت قاتله وإلا فأعط ديته من بيت المال ، وكذا إذا وجد في زحام مسجد الجامع يوم الجمعة ، وهو قول أحمد -رحمه الله-.

وقال مالك : دمه هدر ومثله عن عمر بن عبد العزيز -رضي الله تعالى عنه - ، وعند الشافعي الزحام لوث . وفي «الذخيرة » : لو وجد في مسجد جماعة في السوق وهو لعامة المسلمين لا لأهل هذه السوق فهو كمسجد الجامع .

م: (وكذلك الجسور للعامة) ش: يعني إذا وجد القتيل فيها تكون الدية على بيت المال ولا قسامة فيه ، كما إذا وجد في الشارع الأعظم م: (ومال بيت المال مال عامة المسلمين) ش: فالكل مشتركون فيها فلعنة الله تعالى على الظلمة الذين استولوا عليه وحرموا مستحقيه .

ولو وجد في السوق إن كان مملوكاً فعند أبي يوسف -رحمه الله - تجب على السكان ، وعندهما على المالك وإن لم يكن مملوكًا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال ؛ لأنه لجماعة المسلمين . ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال ، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -الدية والقسامة على أهل السجن ؛ لأنهم سكان وولاية التدبير إليهم ، والظاهر أن القتل حصل منهم ، وهما يقولان : إن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون ، فلا يتعلق بهم ما يجب لأجل النصرة ؛ ولأنه بني لاستيفاء حقوق المسلمين ، فإذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم . قالوا : وهذه فريعة المالك والساكن ، وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف-رحمهما الله - . قال : وإن وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت ؛

م: (ولو وجد) ش: أي القتيل م: (في السوق إن كان) ش: أي السوق م: (مملوكًا فعند أبي يوسف-رحمه الله - تجب على السكان) ش: سواء كانوا ملاكًا أو لا م: (وعندهما) ش: تجب م: (على المالك ، وإن لم يكن مملوكًا كالشوارع العامة التي بنيت) ش: أي السوق م: (فيها فعلى بيت المال؛ لأنه لجماعة المسلمين. ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال ، وعلى قول أبي يوسف-رحمه الله - الدية والقسامة على أهل السجن ، لأنهم سكان وولاية التدبير إليهم ، والظاهر أن القتل حصل منهم) ش: قالت الأئمة الثلاثة : إذا كان هناك لوث .

م: (وهما) ش: أي أبي حنيفة ومحمد م: (يقولان إن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون ، فلا يتعلق بهم ما يجب لأجل النصرة) ش: أي لأجل ترك النصرة م: (ولأنه) ش: أي ولأن السجن م: (بني لاستيفاء حقوق المسلمين ، فإذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم ، قالوا) ش: أي المشايخ: م: (وهذه) ش: أي وهذه المسألة م: (فريعة المالك والساكن) ش: يعني وأصلها في اعتبار الساكن دون المالك فكأنهما جعلا عامة المسلمين كالملاك وأهل السجن بمنزلة السكان، كذا في «شرح الإرشاد» .

م: (وهي) ش: أي هذه القرينة م: (مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله -) ش: وذكر الكرخي قول محمد مع أبي حنيفة -رحمهما الله- وكذا ذكر القدوري في كتاب «التجريد» فقال: قال أبو حنيفة ومحمد -رحمه الله- إذا وجد القتيل في السجن فالدية على بيت المال . وقال أبو يوسف : على السجن .

م: (قال) ش: أي القدوري: م: (وإن وجد) ش: أي القتيل م: (في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر) ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة إذا لم يكن لوث م: (وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت) ش: يعني الاعتبار في القرب أن يكون بحيث يسمع منه الصوت ، لأن الصوت إذا

لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير ، وهذا إذا لم تكن مملوكة لأحد ، أما إذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته. وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما، وقد بيناه وإن وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر ؛ لأنه ليس في يد أحد ولا في ملكه . وإن كان محتبساً بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم ؛ لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه . ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها . بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة

سمع منه ،والغوث يلحق تلك البقعة من العمارة في الغالب ، فيتعلق بها الحكم ، لأنه ينسب حينئذ أهل العمارة إلى التقصير ، وإن لم يبلغ الصوت لا يلحق بالغوث فلا يجب شيء، وهو معنى قوله :

م: (**لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره ، فلا يوصف أحد بالتقصير**) ش: فلا يجب شئ م: (**وهذا إذا لم تكن**) ش: أي الحكم المذكور ، وإذا لم تكن البرية م: (**مملوكة لأحد ، أما إذا كانت مملوكة لأحد فالدية والقسامة**) ش: يجبان م: (**على عاقلته**) ش: أي على عاقلة المالك .

م: (**وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما**) ش: أي أقرب القريتين م: (**وقد بيناه**) ش: أشار به إلى ما ذكر عند قوله : وإن مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل ، ولكن هذا محمول على ما إذا كان يبلغ الصوت إليه .

م: (**وإن وجد**) ش: أي القتيل م: (**في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر**) ش: ذكر الفرات ليس للتحصيل ، بل المراد به النهر العظيم يجري فيه الماء .

وفي «مبسوط شيخ الإسلام» و«الذخيرة» هذا إذا كان منبع الماء في يد الكفار سواء كان يجري في وسطه أو شطه .

وأما إذا كان في يد المسلمين فاعتبرنا موضع انبعاث الماء وموضع ظهور القتيل م: (**لأنه**) ش: أي لأن الفرات م: (**ليس في يد أحد ولا في ملكه ، وإن كان محتبساً بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم**) ش: أرارد به قوله : هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت .

م: (**لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه**) ش: أي من الشط ، ثم أوضح ذلك بقوله م: (**ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها. بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة**) ش: يعني إذا وجد القتيل في النهر الصغير يجب فيه القسامة والدية على عاقلة أرباب النهر ولا يكون هدراً لنسبة التقصير إليهم، لأنه في أيديهم م:

لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم . قال : وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم ، وقد ذكرناه. وذكرنا فيه القياس والاستحسان . قال : وإن ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم ، ووجه الفرق قد بيناه من قبل وهو: أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر ؛ لأنه منهم ، بخلاف ما إذا عين من غيرهم ؛ لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم ، وهو أنهم يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم ، ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي ، فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم

(لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم).

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم ، وقد ذكرناه) ش: أي في مسألة ولو ادعى على البعض م: (وذكرنا فيه) ش: أي في المذكور م: (القياس والاستحسان) ش: سقوط القسامة وهو القياس وهو رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة -رحمهما الله- .

وروي عن محمد -رحمه الله- : وفي الاستحسان لا تسقط وهو رواية الأصل وقد مر تمام الكلام عند قوله هذا الذي ذكرنا : إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحله ، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم .

م: (وقال : وإذا ادعى على واحد من غيرهم) ش: أي من غير أهل المحلة بعينه م: (سقط) ش: أي سقط كل واحد من القسامة والدية م: (عنهم) ش: أي عن أهل المحلة ويحلف المدعى عليه يمينًا واحدة .

وقالت الأئمة الثلاثة : إن كان هناك لوث تكرر اليمين عليه ، وقد بيناه من قبل، يريد به قوله هذا الذي ذكرناه إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة م: (ووجه الفرق قد بيناه من قبل) ش: أي بين المسألتين م: (وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدًا منهم لا ينافي ابتداء الأمر) ش: أي ابتداء القسامة ، لأن الشرع أوجب القسامة على أهل المحلة م: (لأنه) ش: أي لأن الواحد الذي عينه م: (منهم) ش: .

م: (بخلاف ما إذا عين من غيرهم) ش: أي من غير أهل هذه المحلة م: (لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم ، وهو أنهم يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرًا حيث لم يأخذوا على يد الظالم، ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي ، فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم) ش: فلا تسمع بعد ذلك دعواه للتناقض.

وسقط لفقد شرطه . قال: وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة ؛ لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم ، إلا أن يدعي الأولياء على أولئك ، أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء ؛ لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة . قال : ولا على أولئك حتى يقيموا البينة ؛ لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه اما يسقط به الحق عن أهل المحلة ؛ لأن قوله حجة على نفسه . ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الأرض لا ملك لأحد فيها ، فإن وجد في خباء أو فسطاط

م: (**وسقط**) ش: أي الدعوى م: (**لفقد شرطه**) ش: أي شرط الدعوى ، لأنه ادعى على غير أهل المحلة، فقد أبرأهم عن ذلك فلا تسمع بعد ذلك دعواه واعلم أن قوله : وللفرق إلى قوله قال : وإذا التقى قوم بالسيوف لا يوجد في كثير من النسخ ، ولهذا لم يشرحه أكثر الشراح .

م: (**قال**) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: (**وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا**) ش: بالجيم أي انكشفوا م: (**عن قتيل فهو على أهل المحلة ؛ لأن القتيل بين أظهرهم**) ش: أي بينهم ، لفظ الأظهر مقحم للتأكيد م: (**والحفظ عليهم ، إلا أن يدعي الأولياء على أولئك ، أو على رجل منهم بعينه ، فلم يكن على أهل المحلة شيء لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة**) .

م: (**قال**) ش: أي محمد : م: (**ولا على أولئك**) ش: أي أولئك القوم المتقاتلين أي لم تكن القسامة على أهل المحلة ، ولا على المتقاتلين م: (**حتى يقيموا البينة ؛ لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه**) ش: أي في أول باب القسامة ، وهو قوله ﷺ : «**لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر**» ولا يقال : الظاهر أنهم قتلوه ، لأن الظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق .

م: (**أما يسقط به الحق عن أهل المحلة ؛ لأن قوله حجة على نفسه ، ولو وجد قتيل في معسكر**) ش: بفتح الكاف موضع العسكر ، يقال : عسكر الرجل أي جعل عسكراً ، وهو معسكر بكسر الكاف ، والموضع معسكر .

وفي «ديوان الأدب» يقال : عسكر يعسكر عسكرة إذا هيأ العسكر ، والعسكر هو الجند ، قاله الأترازي ، وكان من حق الكلام أن يقال : في عسكر م: (**أقاموا بفلاة من الأرض**) ش: أي نزلوا وسكنوا بها ، لأن المعسكر بفتح الكاف منزل العسكر ، وإلا أن يقال أراد العسكر المهيأ م: (**لا ملك لأحد فيها**) .

م: (**فإن وجد في خباء**) ش: وهي الخيمة من الصوف م: (**أو فسطاط**) ش: وهي الخيمة العظيمة ، وعن ابن الكلبي : بيوت العرب ستة : قبة من أدم ، ومظلة من شعر ، وخباء من

فعلى من يسكنها الدية والقسامة ، وإن كان خارجاً من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية اعتباراً لليد عند انعدام الملك . وإن كان القوم لقوا قتالاً

صوف، ولحاد من وبر ، وخيمة من شجر ، وفية وافية من هجر م: (**فعلى من يسكنها الدية والقسامة**) ش: أي على عاقلتهم .

م: (**وإن كان**) ش: أي القتيل م: (**خارجًا من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية**) ش: القسامة والدية م: (**اعتباراً لليد عند انعدام الملك**) ش: وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجابي في «شرح الكافي» : وإذا وجد القتيل في العسكر والعسكر في أرض فلاة فهو على القبيلة الذين وجد في رحالهم ، لأنهم إذا نزلوا في فلاة صار كل قبيلة ، كمحلة ، على حدة، فيكون صيانة ذلك ، الموضع عليهم هذا إذا نزلوا قبيلة قبيلة ، أما إذا نزلوا مختلطين تجب على أقرب أهل الأخبية على من في الخباء جميعًا ، لأنه يصير كدور متفرقة ليس في موضع قوم مجتمعين .

وإن كان العسكر في ملك رجل فعلى عاقلة رب الأرض القسامة والدية ، لأن صاحب الملك أقدر على الصيانة بمنزلة دار مملوك لرجل وفيها ساكن ، وإن كان العسكر في فلاة من الأرض فوجد قتيل في فسطاط رجل فعليه القسامة تكرر عليه الأيمان ، وعلى عاقلته الدية ، لأنه بمنزلة دار وجد فيها قتيل في المحلة ، فإن القسامة تجب على صاحب الدار والدية على عاقلته، لأن أمر الصيانة إليه ، فكذا هنا .

م: (**وإن كان القوم لقوا قتالاً**) ش: قال الكاكي : انتصاب قتالاً ، على المفعولية أي لقي المسلمون مع المشركين قتالاً ، ويحتمل أن يكون على الحال ، أي مقاتلين .

وقال الأكمل : قتالاً يجوز أن يكون حالاً ، أي مقاتلين ، ويجوز أن يكون مفعولاً مطلقًا، لأن لقوا في معنى المقاتلة، لأنهم لقوا له ، أي القتال .

وقال الأترازي : -رحمه الله- ما ملخصه أنه فيه وجوه أن يكون مفعولاً به ، وأن يكون حالاً والمفعول به محذوف وأن يقع قتالاً يعني مقاتلين مفعولاً به أيضًا صفة لمحذوف ، فإنه مقامه ، أي لقو عدواً مقاتلين مفعولاً به أيضًا تقاتلوا مقاتلة ، وأن يكون تمييزًا ، أي لقوا العدو من حيث المقاتلة ، لأن في لقائهم أنه ما يجوز أن يكون ذلك بسبيل الصلح أو بسبيل العداوة والمقاتلة ، وأن يقع مفعولاً له ، انتهى .

قلت : الأقرب من هذه الوجوه أن يكون مفعولاً به أو حالاً ، والتمييز بعيد فليتأمل .

ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية ؛ لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدراً ، وإن لم يلقوا عدواً فعلى ما بيناه . وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف -رحمهما الله -، وقد ذكرناه . قال : وإذا قال المستحلف : قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان ؛ لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل ، فيحلف على ما ذكرنا ؛ لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين ، فبقي حكم من سواه فيحلف عليه . قال : وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما وهذا عند أبي حنيفة-رحمه الله - . وقالا : تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء ، وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة .

م: (ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية ، لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدراً) ش: لا شيء فيه م: (وإن لم يلقوا عدواً فعلى ما بيناه) ش: أشار به إلى قوله : إن القتيل إذا وجد في العسكر بفلاة ، فإن وجد في الخباء فهو على ساكنه ، وإن وجد خارج الخباء فعلى أقرب الأخبية .

م: (وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان ، فيجب على المالك عند أبي حنيفة خلافًا لأبي يوسف -رحمهما الله - ، وقد ذكرناه) ش: أشار به إلى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وهو قول محمد -رحمه الله- . وقال أبو يوسف -رحمه الله- : أجمعوا عليهم جميعًا .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وإذا قال المستحلف) ش: بفتح اللام م: (قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلاً غير فلان ؛ لأنه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا) ش: على أنه ما قتله ولا أعرف له قاتلاً غير فلان م: (لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه) ش: حاصله : أن لا يسقط عنه اليمين بقوله قتله فلان ، لأن هذا لا يبقى أن يكون للمقر شريك معه في القتل ، أو يكون غير شريك معه ، فإن كان كذلك يحلف على أنه ما قتله ولا عرف قاتلاً غيره.

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وإذا شهد اثنان من أهل المحلة) ش: يعني إذا ادعى الولي م: (على رجل من غيرهم) ش: أي من غير أهل المحلة وشهد اثنان من أهل المحلة م: (أنه قتل لم تقبل شهادتهما ، وهذا عند أبي حنيفة-رحمه الله - . وقالا : تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء ، وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة) ش: أي كشهادة الوكيل م: (إذا عزل قبل الخصومة) ش: عن الوكالة فشهد موكله ، فإن شهادته تقبل

وله : أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم ، وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد . قال -رضي الله عنه - : وعلى هذين الأصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس . قال : ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة ؛ لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه ، والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهماً . وعن أبي يوسف -رحمه الله -أن الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك ؛ لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل .

وهو قياس الأئمة الثلاثة .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم**) ش: فإذا كان كذلك م: (**فلا تقبل شهادتهم ، وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية**) ش: بأن بلغ الغلام أو عزله القاضي م: (**بعد ما قبلها**) ش: أي كالوصية م: (**ثم شهد**) ش: فلا تقبل شهادته .

م: (**قال - رضي الله عنه - : وعلى الأصلين هذين**) ش: المجمع عليهما .

أحدهما : أن من انتصب خصمًا في حادثة لا تقبل شهادته في تلك الحادثة أبدًا بالإجماع .

والثاني : أن من له العرضية أن يصير خصمًا ثم بطلت العرضية فشهد فتقبل بالإجماع م: (**يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس**) ش: منها الشفيعان إذا شهدا بالشراء على المشتري وهما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما ، هذا على الأصل الثاني .

ومنها أن الوارثين شهدا بالدين على الميت وله وارث آخر لم يطلب الميراث قبلت الشهادة ، لأن الوراث مع الدين لا يصير خصمًا والدين مقدم ، ولكن بعرضية أن يصير خصمًا ، ومن المسائل التي على الأصل الأول مسألة الوكيل ، وقد مرت .

م: (**قال : ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة ؛ لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه**) ش: أشار إلى ما ذكر في مسألة ، وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة في بيان الفرق م: (**والشاهد يقطعها**) ش: أي يقطع الخصومة م: (**عن نفسه فكان متهمًا**) ش: فلا تقبل شهادته .

م: (**وعن أبي يوسف -رحمه الله - أن الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون**) ش: ولفظ زاد يجيء لازمًا ومتعديًا ، يقال : زاد الشيء يزيد ، أي ازدادوا ، فعلى هذا قوله : ولا يزدادون غير مستقيم وينبغي أن يقول: ولا يزيدون م: (**على ذلك**) ش: أي على قولهم : ما قتلناه م: (**لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل**) ش: وعن محمد : يحلفون ولا عينا له قاتلاً غير الذي شهدنا عليه .

قال : ومن جرح في قبيلة فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة ، فإن كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة ، وهذا قول أبي حنيفة-رحمه الله - ، وقال أبو يوسف -رحمه الله -لا قسامة ولا دية ؛ لأن الذي حصل في القبيلة أو المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه ، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش . وله : أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً ، ولهذا وجب القصاص ، فإن كان صاحب فراش أضيف إليه ، وإن لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجراح فلا يلزم بالشك .قال : ولو أن رجلاً معه جريح به رمق حمله إنسان إلى أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله إلى أهله في قول أبي يوسف -رحمه الله -، وفي قياس قول أبي حنيفة-رحمه الله -يضمن ؛ لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحاً في يده كوجوده فيها ، وقد ذكرنا وجهي القولين

م: (قال : ومن جرح في قبيلة) ش: ولم يعلم الجارح ، لأنه لو علم سقطت القسامة ، بل فيه القصاص على الجارح إن كان عمدًا ، والدية على العاقلة إذا كان خطأ م: (فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة ، فإن كان صاحب فراش حتى مات) ش: يعني إذا صار صاحب فراش حين جرح في تلك القبيلة ثم نقل إلى أهله فمات قيد به ، لأنه لو كان صحيحًا يجيء ويذهب حين جرح ثم مات في أهله فلا شيء فيه كذا في« المبسوط » م: (فالقسامة والدية على القبيلة ، وهذا قول أبي حنيفة -رحمه الله -) .

م: (وقال أبو يوسف -رحمه الله - : لا قسامة ولا دية ، لأن الذي حصل في القبيلة أو المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه ، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش) ش: وبه قال ابن أبي ليلى .

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة م: (أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً ، ولهذا وجب القصاص ، فإن كان صاحب فراش) ش: ومات بعده م: (أضيف إليه ، وإن لم يكن) ش: صاحب فراش م: (احتمل أن يكون الموت من غير الجراح فلا يلزم بالشك) ش: وعلى هذا الخلاف مسألة الجريح إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته فمات بعد يوم أو يومين ، فإن كان صاحب فراش حتى مات فالدية والقسامة على الذي حمله عند أبي حنيفة -رحمه الله- وعندهما لم يضمن .

م: (ولو أن رجلاً معه جريح به رمق) ش: أي الرمق بقية الروح م: (حمله إنسان إلى أهله فمكث يومًا أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله إلى أهله في قول أبي يوسف-رحمه الله -) ش: وهو قياس ابن أبي ليلى م: (وفي قياس قول أبي حنيفة -رحمه الله- يضمن ؛ لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحًا في يده كوجوده فيها) ش: أي في المحلة م: (وقد ذكرنا وجهي القولين) ش:

فيما قبله من مسألة القبيلة . ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة -رحمه الله -. وقال أبو يوسف ومحمد وزفر-رحمهم الله - : لا شيء فيه ؛ لأن الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدراً . وله : أن القسامة إنما تجب بناءً على ظهور القتل ، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك ، وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم .

أي قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف -رحمها الله- م: (**فيما قبله من مسألة القبيلة**) ش: وهو الذي ذكر هذا بقوله .

ومن جرح في قبيلة م: (**ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة -رحمه الله -**) ش: وهذا قياس قول أحمد والأوزاعي ، فإن عندهما : لو قتل نفسًا خطأً يجب ديته على عاقلته خلافًا لباقي العلماء .

م: (**وقال أبو يوسف ومحمد وزفر-رحمهم الله - : لا شيء فيه**) ش: يعني يهدر دمه ، وبه قال الشافعي ومالك م: (**لأن الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدراً**) ش: يعني لا شيء فيه .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة : م: (**أن القسامة إنما تجب بناءً على ظهور القتل ، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك**) ش: أي قبل ظهور القتل م: (**وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم**) ش: أي عاقلة الورثة .

قال الأكمل : قال المصنف : فديته على عاقلته . قال المصنف : قال في دليله : وحال ظهور القتل الدية للورثة فيجب على عاقلتهم ، وفيه تناقض ظاهر مخالفة بين الدليل والمدلول ، ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت : إما أن يكون عاقلة الورثة أو غيرهم ، فإن كان الأول : كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة ولا تنافي بينهما .

وإن كان الثاني : كانت الدية على عاقلة الورثة ، ولما كان كل منهما ممكنًا ، أشار إلى الأول في حكم المسألة وإلى الثاني في دليلها ، وعلى التقدير الثاني تعذر في قوله فالدية على عاقلته يضاف أي على عاقلة ورثته .

وقال الأترازي : فإن قلت : كيف يستقيم أن ينعقل عاقلة الورثة للورثة ، وليس بمعقول أن يعقلوا عن أنفسهم لأنفسهم ؟

قلت : العاقلة أعم من غير أن يكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم ، وهذا لأن عاقلة الرجل أهل ديوانه عندنا ، وعند الشافعي

بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلاً في دار نفسه لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه .

أقرباؤه .

م: (**بخلاف المكاتب**) ش: لما استشعر المصنف ورود مسألة المكاتب م: (**إذا وجد قتيلاً في دار نفسه**) ش: كالنقض على ما ذكر ، أشار إلى الجوب بقوله بخلاف المكاتب حيث يهدر دمه إذا وجد قتيلاً في دار نفسه م: (**لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه**) ش: لأن الكتابة لا تنفسخ إذا مات وله مال ، بل يقضى ما عليه منه ، فإذا كانت الدار له حين ظهور قتله جعل قاتلاً نفسه تقديراً لقيام ملكه والحر حال ظهور قتله انتقل منه ملكه إلى ورثته ، فلم يجعل قاتلاً نفسه تقديراً لزوال ملكه .

وقال الكرخي : في «مختصره» : إذا وجد في دار المكاتب قتيل فهو عليه يسعى في الأقل من قيمته ومن الدية . وكذلك لو وجد مولاه في دار المكاتب قتيلاً كان عليه الأقل من ديته والقيمة . ولو وجد المكاتب قتيلا في دار مولاه فعلى مولاه قيمته في ثلاث سنين ولا تحمله العاقلة .

وقال القدوري في كتاب «التقريب» : قال أبو يوسف : إذا وجد المكاتب قتيلاً في دار سيده فعلى السيد القيمة في ماله ، وإن لم يترك وفاء ولا دين عليه فهو هدر ، وإن كان عليه دين ولم يدع وفاء فعلى السيد الأقل من القيمة والدين لغرمائه .

وقال زفر : دمه هدر ترك وفاء أو لم يترك . وقال الكرخي في «مختصره» : وإذا وجد في دار عبد مأذون له في التجارة وعليه دين أو لا دين عليه أو غير مأذون له وجد في داره قتيل فعلى عاقلة مولاه قتيل ، فإن كان عليه دين فإن على الولي قيمته لغرمائه في ماله حالاً ، وكذلك لو قتله عمداً فعليه قيمته حالاً . وكذلك لو كان العبد جنى جناية ثم وجد قتيلاً في دار مولاه فعلى المولى قيمته حالاً ، وكذلك لو قتله المولى خطأ وهو لا يعلم بالجناية ، فإن كان يعلم فعليه الدية

وقال محمد : إذا وجد أبو الرجل أو أخوه قتيلاً في داره فإن عاقلته تعقل دية أبيه ودية أخيه ، وإن كان هو وارثه ، لأن الدية لم تجب له ، وإنما وجب كغيره . وقال بشر عن أبي يوسف : في العبد الرهن يوجد في دار الراهن أو المرتهن قتيلاً فالدية على رب الدار دون العاقلة .

قال الأسبيجابي في « شرح الكافي » : وإذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو أم الولد

ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحاً . قال أبو يوسف -رحمه الله -: يضمن الآخر الدية . وقال محمد : لا يضمنه ؛ لأنه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم ، ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك . ولأبي يوسف -رحمه الله -: أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه ، فكان التوهم ساقطاً كما إذا وجد قتيل في محلة . ولو وجد قتيل في قرية لامرأة، فعند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله -عليها القسامة تكرر عليها الأيمان ، والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب . وقال أبو يوسف-رحمه الله -: القسامة على العاقلة أيضاً ؛ لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة ، والمرأة ليست من أهلها ، فأشبهت الصبي . ولهما : أن القسامة لنفي التهمة ، وتهمة القتل من المرأة متحققة . قال المتأخرون : إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة ؛ لأنا أنزلناها قاتلة ، والقاتل يشارك العاقلة .

قتيلاً في محلة : وجبت القسامة والقيمة في ثلاث سنين .

م: (ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحًا . قال أبو يوسف-رحمه الله - : يضمن الآخر الدية . وقال محمد : لا يضمنه ، لأنه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم ، ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك . ولأبي يوسف -رحمه الله -: أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه ، فكان التوهم ساقطًا) ش: يعني وقوع القتل من نفسه وهم لا يلتفت إليه م: (كما إذا وجد قتيل في محلة) ش: حيث يكون توهم قتل نفسه ساقطًا ، فكذا هذا .

م: (ولو وجد قتيل في قرية لامرأة ، فعند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- : عليها القسامة تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها ، أقرب القبائل إليها في النسب . وقال أبو يوسف-رحمه الله -: القسامة على العاقلة أيضًا ؛ لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة، والمرأة ليست من أهلها ، فأشبهت الصبي) ش: حيث لا يكون من أهل الصيانة ، وإنما القسامة مخاطب بها على أهل الصيانة فالمرأة والصبي سواء .

م: (ولهما) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله : م: (أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل في المرأة متحققة) ش: لأن في حق العاقلة ، لأنهم لم يكونوا في القرية فيلزمها القسامة .

م: (قال المتأخرون) ش: أي من المشايخ لأصحابنا م: (إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة) ش: قيد بقوله «في هذه المسألة» لأنها لا تدخل في غير هذه المسألة على ما يجيء في العاقلة م: (لأنا أنزلناها قاتلة ، والقاتل يشارك العاقلة) ش: إنما أنزلوها قاتلة تقريراً حيث دخلت في القسامة ، فكما دخلت في العقد أيضًا ، بخلاف غيرها من الصور ، فإنها لا تدخل فيه في القسامة ، بل يجب على الرجال، فلا تدخل في العقل أيضًا .

ولو وجد رجل قتيلاً في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها ، قال : هو على صاحب الأرض ؛ لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية ، والله أعلم .

م: (**ولو وجد رجل قتيلاً في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها**) ش: أي من أهل القرية م: (**قال : هو على صاحب الأرض**) ش: أي وجوب القسامة والدية على صاحب الأرض م: (**لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية**) ش: لأن الحفظ والتدبير في الأرض إلى صاحب الأرض لا إلى أهل القرية .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجابي في «شرح الكافي» القرية إذا كانت لرجل من أهل الذمة فإنه يكرر عليه الأيمان ، لأنه من أهل القسامة ، والقرية في صيانته ، فيكون موجب التقصير عليهم ، وعليه الدية ، لأنه لا عاقلة له ، حتى لو كانت له عاقلة يجب عليه . ولو كان الذمي نازلاً في قبيلة من القبائل فوجد فيها قتيل لم يدخل الذمي في القسامة ولا في الغرم ، لأنه تابع لأهل القرية ، وكذلك السكان والنوازل فيها من غيرهم ، لأنهم أتباع .

وقال شيخ الإسلام أيضًا : ولو وجد القتيل في قرية اليتامى وهم صغار ليس في تلك القرية من عشيرتهم أحد ، فالقسامة والدية على عاقلة اليتامى ، لأنهم ليسوا من أهل الصيانة فليزم ذلك على عاقلتهم ، وعاقلتهم أقرب القبائل إليهم إذا لم يكن في ذلك البلد عشيرتهم ، وإن كان فيهم مدرك فعلى القسامة وتكرار اليمين ، لأنه من أهل ذلك ، على أقرب القبائل منهم الدية في الوجهين إذا لم يكن في تلك البلد عشيرتهم ، م: (**والله أعلم**) .

***

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية ، وتسمى الدية عقلاً ؛ لأنها تعقل الدماء من أن تسفك ، أي: تمسك قال : والدية في شبه العمد والخطأ ، وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة ،

م: (كتاب المعاقل)

ش: أي هذا الكتاب في بيان أحكام المعاقل .

م: (**المعاقل جمع معقلة**) ش: بفتح الميم وضم القاف كالمكارم جمع مكرمة بضم الراء م: (**وهي الدية**) ش: أي المعقلة هي الدية في الاصطلاح . وأما في اللغة فمعنى العقل المنع م: (**وتسمى الدية عقلاً ؛ لأنها تعقل الدماء من أن تسفك ، أي: تمسك**) ش: وقيل : إنما سميت الدية عقلاً ومعقلة باعتبار أن إبل الديات كانت تعقل بفناء دار المقتول ، ثم عم هذا الاسم فسميت الدية معقلة وإن كانت دراهم أو دنانير أو البقر أو الغنم أوْ الجبل وغيرها على الخلاف الذي يأتي .

ومعاقل الجبال المواضع المنيعة فيها العقل من الجبل ، حيث يمتنع منه . ويقال : عقل الدواء بطنه يعقله عقلاً إذا أمسكه ، وعقل الوعل في الجبل إذا علا فيه وامتنع يعقل عقولاً ، وسميت آلة الإدراك عقلاً لهذا المعنى أيضًا ، لأنه يمنع من السفه والهوى والمعنى الجامع اللغوي المنع .

وفي «مبسوط شيخ الإسلام» : طعن بعض الملحدين من مبطلي الرسل على هذا . وقال لا جناية من العاقلة وجوب الدية باعتبارها ، فيكون في مال القاتل . وحكي ذلك عن أبي بكر الأصم والخوارج أنهم قالوا : تجب الدية في مال القاتل ،يؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿**ولا تزر وازرة وزر أخرى**﴾ ألا ترى أن من أتلف دابة قيمتها تجحف مال المتلف كثرة لا يجب الضمان .

قلنا: إيجاب الدية على العاقلة مشهوره ثبتت بالأحاديث المشهورة وعليه عمل الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - والتابعين من بعدهم فيزاد على كتاب الله تعالى، فدل على أنه لا يحمل وازرة وزر أخرى ، وإنما ذكر هذا الكتاب في آخر كتاب الجنايات والأبواب والفصول، لأنه لم يبق شيء من أحكام هذه الكتب إلا بيان أحكام المعاقل فيها على الترتيب .

م: (**قال**) ش: أي القدوري: م: (**والدية في شبه العمد والخطأ**) ش: أي وجوب الدية في شبه العمد والقتل الخطأ م: (**وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة**) ش: كل دية مرفوع ، لأنه مبتدأ، وخبره قوله على العاقلة ، وإنما قال: بنفس القتل ، أي ابتداء واحترز على ما وجبت الدية في

والعاقلة الذين يعقلون ، يعني : يؤدون العقل وهو الدية ، وقد ذكرناه في الديات . والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه الصلاة والسلام في حديث حمل بن مالك -رضي الله عنه-: للأولياء «قوموا فدوه». ولأن النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار ، والخاطىء معذور ، وكذا الذي تولى شبه العمد نظراً إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه، وفي إيجاب مال عظيم إجحافه واستئصاله فيصير عقوبة ، فضم إليه

ثاني الحال لا ابتداء ، كما إذا قتل الأب ابنه حيث يكون موجب القتل القصاص ابتداء ، ولكنه يسقط ذلك إلى الدية بشبهة الأبوة فتجب الدية في مال الأب لا على العاقلة . وكذا إذا وجبت الدية صلحًا من العمد يجب ذلك في مال القاتل حالة إلا إذا اشترط التأجيل، بخلاف ما يجب على الأب فإنه يجب في ثلاث سنين. م: (**والعاقلة الذين يعقلون ، يعني : يؤدون العقل وهو الدية ، وقد ذكرناه في الديات**) ش: أي ذكرنا الدية على تأويل العقل في حديث حمل بن مالك وقد مر قصته في فصل الجنين.

م: (**والأصل في وجوبها**) ش: أي في وجوب الدية م: (**على العاقلة قوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي قول النبي ﷺ : م: (**في حديث حمل بن مالك- رضي الله عنه-: للأولياء «قوموا فدوه»**[1]) ش: ، وحمل بالحاء المهملة والميم المفتوحتين ابن مالك بن النابغة الهذلي . قوله : فدوه بضم الدال وسكون الواو ، أي أدوا ديته من يدي ، وقد مر الكلام فيه مستقصى فيما مضى .

م: (**ولأن النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار**) ش: أي إلى الإسقاط لأنه ليس في الإسلام دم مهدر م: (**والخاطئ معذور**) ش: لأنه لم يقصد القتل م: (**وكذا الذي تولى شبه العمد**) ش: وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله م: (**نظرا إلى الآلة**) ش: لأن آلته ليست بموضوعة للقتل ، فكان في معنى الخطأ م: (**فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه ، وفي إيجاب مال عظيم إجحافه**) ش: أي إجحاف الخاطئ ، يقال أجحف بالشيء إذا ذهب به م: (**واستئصاله**).

قال الأكمل : فيه الإجحاف بقوله : «واستئصاله» .

قلت : ليس كذلك ، لأن الإجحاف الذهاب بالشيء كما ذكرنا ، ومنه سيل جحاف إذا ذهب بكل شيء ، والاستئصال قلع الشيء من أصله، ومادته همزة وصاد ، ولام، وأصل واستئصال بكسر التاء وسكون الهمزة فقلبت الهمزة ياء للتخفيف م: (**فيصير عقوبة**) ش: إذا وجب هذا المال العظيم كله على القاتل يكون عقوبة فلا يستحق هذه العقوبة م: (**فضم إليه**

---

(١) فيه ضعف : تقدم تخريجه .

العاقلة تحقيقاً للتخفيف ، وإنما خصوا بالضم ؛ لأنه إنما قصر لقوة فيه ، وتلك بأنصاره وهم العاقلة ، فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به ، قال : والعاقلة أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين ، وأهل الديوان: أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان ، وهذا عندنا . وقال الشافعي -رحمه الله - الدية على أهل العشيرة ؛

العاقلة تحقيقًا للتخفيف ، وإنما خصوا) ش: أي العاقلة م: (بالضم) دون غيرهم .

م: (لأنه إنما قصر لقوة فيه) ش: أي لأن القاتل إنما قصر حالة الرمي في التثبت والتوثق بقوته م: (وتلك) ش: أي تلك القوة حاصلة م: (بأنصاره وهم العاقلة ، فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به) ش: أي بالضم .

م: (قال) ش: أي القدوري: م: (والعاقلة أهل الديوان) ش: الديوان الجريدة من دون الكتب إذا جمعها ، لأنه قطع من القراطيس مجموعة م: (إن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) ش: العطايا جمع أعطية ، والأعطية جمع عطاء ، والعطاء اسم ما ما يعطى .

وقيل : العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال سنة مرة أو مرتين ، والرزق ما يخرج له كل شهر . وعن الحلواني كل ستة أشهر . وقيل كل يوم م: (وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم وأرزاقهم في الديوان)

ش: وقال الأسبيجابي في «شرح الكافي» : وعاقلة الرجل أهل نصرته ، وكان عاقلة الرجل في ابتداء الإسلام أهل عشيرته وأهل نسبه ، فلما دون عمر الدواوين فوض ذلك على أهل الديوان، وهم أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم وأرزاقهم في الديوان، فمن كان من أهل الديوان فعقله عليهم إذا جنى .

ومن لم يكن من أهل ذلك إن كان من أهل البادية فعقله على أقرب القبائل إليه نسبًا، وإن كان من أهل المصر إن كان له أقرباء وعشيرة يقضى عليهم ، وإن لم يكن اختلف المشايخ فيه فبعضهم قالوا : يجب في ماله ، وبعضهم قالوا : يجب على أهل حرفته . وبعضهم قالوا : يجب على جيرانه ، وبعضهم قالوا: على أهل الدية لأنه من ظهر نسبهم م: (وهذا) ش: أي وهذا الحكم الذي ذكرنا م: (عندنا) .

م: (وقال الشافعي -رحمه الله - : الدية على أهل العشيرة) ش: وهم العصبات ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم ، وكل من عدا العصبة ليس من العاقلة . واختلف: في الآباء

لأنه كان كذلك على عهد رسول الله ﷺ ولا نسخ بعده . ولأنه صلة والأولى بها الأقارب . ولنا قضية عمر -رضي الله عنه- فإنه لما دون الدواين جعل العقل على أهل الديوان ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة -رضي الله عنهم- من غير نكير منهم .

والبنين ، فقال الشافعي وأحمد في رواية ليس آباؤه وأبناؤه وإن علوا أو سفلوا من العاقلة . قال مالك وأحمد في رواية : يدخل في العاقلة أب القاتل وابنه وهو قولنا عند عدم أهل الديوان . وعن بعض مشايخنا لا يدخلون كما يجيء إن شاء الله تعالى .

م: (**لأنه كان كذلك على عهد رسول الله ﷺ**) ش: لما روى أبو هريرة : أن امرأتين من هذيل اقتتلتا فرمت إحداهما بحجر فقتلت الأخرى ، فاختصموا إلى النبي ﷺ فقضى بديتها على عاقلتها ، وميراثها لابنها ، رواه أبو داود والنسائي ، وإذا ثبت هذا في الأولاد ألحق الوالد به ، لأنه في معناه م: (**ولا نسخ بعده**) ش: أي بعد النبي ﷺ لأنه لا يكون إلا بوحي على لسان نبي ، ولا نبي بعده .

م: (**ولأنه صلة**) ش: أي ولأن الدية صلة على تأويل العقل م: (**والأولى بها**) ش: أي بالصلة م: (**الأقارب**) ش: والصلة عبارة عن مال يجب ابتداء لا بمقابلة مال ، ولهذا سميت الزكاة وشفقة الأقارب صلة .

م: (**ولنا قضية عمر- رضي الله عنه- فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة - رضي الله عنهم- من غير نكير منهم**) ش: روى ابن أبي شيبة في «مصنفه» حدثنا حميد بن عبد الرحمن عن حسن عن مطرف عن الحكم قال : عمر أول من جعل الدية عشرة عشرة في أعطيات المقاتلة دون الناس .

وحدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن أشعث عن الشعبي عن الحكم عن إبراهيم قال : أول من فرض العطايا عمر بن الخطاب ، وفرض فيه الدية كاملة في ثلاث سنين . وحدثنا غسان بن مضر عن سعيد بن زيد عن أبي نصرة عن جابر قال : أول من فرض الفرائض ودون الدواوين وعرف العرفاء عمر بن الخطاب .

فإن قيل : قوله : من غير نكير منهم إجماع ، فهذا إجماع على خلاف ما قضى رسول الله ﷺ ، فكيف يظن بهم؟

قلنا : هذا إجماع على وفاق ما قضى رسول الله ﷺ ، وإنما قضى على العشيرة باعتبار النصرة ، ولهذا لا يوجب من النسوان والصبيان من عشيرته ، لأنهم ليسوا من أهل النصرة ، ثم لما دون عمر -رضي الله تعالى عنه - الدواوين صارت النصرة بالديوان فقضى بالدية على

وليس ذلك بنسخ ، بل هو تقرير معنى ؛ لأن العقل كان على أهل النصرة ، وقد كانت بأنواع بالقرابة والحلف والولاء والعدد ، وفي عهد عمر -رضي الله عنه- قد صارت بالديوان فجعلها على أهله اتباعاً للمعنى . ولهذا قالوا : لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة ، وإن كان بالحلف فأهله والدية صلة كما قال ، لكن إيجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم ، والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي عليه الصلاة والسلام . ومحكي عن عمر -رضي الله عنه- ،

أهل الديوان .

م: (**وليس ذلك بنسخ**) ش: جواب عن قول الشافعي ولا نسخ بعده م: (**بل هو تقرير معنى**) ش: أي من حيث المعنى م: (**لأن العقل كان على أهل النصرة ، وقد كانت**) ش: أي النصرة م: (**بأنواع بالقرابة والحلف**) ش: بكسر الحاء ، وهو العهد بين القوم ، ومنه قولهم: تحالفوا على التناصر ، والمراد به ولاء الموالاة م: (**والولاء**) ش: أي ولاء العتاق م: (**والعدد**) ش: في بعض النسخ والعدد هو أن يعد منهم يقال فلان عديد ، قال : أي يعددهم .

م: (**وفي عهد عمر -رضي الله عنه- قد صارت**) ش: أي النصرة م: (**بالديوان فجعلها**) ش: أي الدية م: (**على أهله**) ش: أي أهل الديوان م: (**اتباعًا للمعنى**) ش: أي النصرة م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل الاتباع للنصرة .

م: (**قالوا**) ش: أي المشايخ : م: (**لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة**) ش: وفي « شرح الطحاوي » : إذا لم يكن القاتل من أهل الديوان فعاقلته أنصاره . فإن كان نصرته بالمحال والدروب يحمل عليهم، وإن كان نصرته بالحرف فعاقلته المحترفون الذين هم أنصاره كالقصارين والصفارين بسمرقند والأساكفة بأسبيجاب .

م: (**وإذا كان بالحلف**) ش: أي وإن كانت نصرته بالحلف بالكسر م: (**فأهله**) ش: أي فأهل الحلف ، أي فعاقلته أهل الحلف م: (**والدية صلة كما قال**) ش: أي الشافعي : م: (**لكن إيجابها**) ش: أي إيجاب الدية م: (**فيما هو صلة وهو العطاء**) ش: وهو الذي يخرج له من بيت المال الذي هو صلة م: (**أولى منه**) ش: أي من الإيجاب م: (**في أصول أموالهم**) ش: نظرًا في حاله وتخفيفًا عليه .

م: (**والتقدير**) ش: أي تقدير الدية في الخطأ بالتأجيل م: (**بثلاث سنين مروي عن النبي عليه الصلاة والسلام ومحكي عن عمر -رضي الله عنه-**) ش: تقدم كلاهما فيما مضى أن النبي ﷺ جعل دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين ، وأن عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه-

ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف ، والعطاء يخرج في كل سنة مرة . فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود . وتأويله : إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء ، حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء ولا يؤخذ منها ؛ لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين إن شاء الله تعالى . ولو خرج للقاتل

فرض كذلك م: (**ولأن الأخذ**) ش: أي أخذ الدية م: (**من العطاء للتخفيف، والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة**) ش: فتؤخذ في ثلاث سنين .

م: (**فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل منها أخذ منها**) ش: هذا لفظ القدوري ، يعني إن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين تؤخذ الدية منهم في أكثر من ثلاث سنين ، حتى إذا خرجت عطاياهم الثلاث في ست سنين تؤخذ منهم الدية في كل سنة السدس .

وإذا خرجت عطاياهم الثلاث في سنة واحدة تؤخذ جميع الدية في سنة واحدة ، لأن وجوبها في العطايا وقد حصلت م: (**لحصول المقصود**) ش: يعني أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الأعطية ، وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم سواء كانت فى أكثر من ثلاث سنين أو في أقل منها .

م: (**وتأويله**) ش: أي وتأويل كلام القدوري م: (**إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء**) ش: أي بعد قضاء القاضي . فالدية على العاقلة م: (**حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء**) ش: بالدية م: (**ثم خرجت بعد القضاء ولا يؤخذ منها ؛ لأن الوجوب بالقضاء**) ش: لأن من عليه الدية قبل القضاء غير معلوم لكونه مجتهداً فيه ، لأن في العاقلة كلاماً فبعضهم يقول : أهل الديوان ، وبعضهم يقول: أهل العشيرة فلا يحكم إلا بالقضاء .

وكذا الواجب في نفسه غير معلوم ، فإن ولاية التعيين منه إلى القاضي إن شاء قضى بالإبل ، وإن شاء قضى بالدراهم أو الدنانير ، لأن من الناس من قال : الواجب الإبل فحسب. وقال قوم : الإبل والأثمان جميعًا . وزاد قوم على هذا : البقر والغنم والخيل ، وإنما قال المصنف : تأويله لأن القدوري أطلق ذكر السنين ، وإنما تؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء ، فيكون المراد ثلاث سنين في المستقبل ، فلابد من التأويل م: (**على ما نبين إن شاء الله تعالى**) ش: أشار به إلى ما ذكر بعد عشرة خطوط بقوله لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء .

م: (**ولو خرج للقاتل**) ش: أي للعامل القاتل ، وفي النسخ للعامل ، والأول : هو الأصح

ثلاث عطايا في سنة واحدة ، معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكـرنا . وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلـث منها في سنة ، وإن كـان الواجب بالعـقل ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة ، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلـثين في السنة الثانية ، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثـالثـة ، وما وجب على العـاقلة من الدية أو على الـقاتل بأن قـتل الأب ابنه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين . وقال الشـافعي -رحمه الله - : ما وجب على القاتل في ماله فهو حال ؛ لأن التأجيل للتخفيف لتـحمل العاقلة ، فلا يلحق به العمد المحض . ولنا: أن القياس يأباه ، والشرع ورد به مؤجلاً فـلا يتعداه ، ولو قتل عشرة رجلاً خطأ فـعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبـاراً للجزء بالكل ، إذ هو بدل النفس ، وإنما يعتـبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية ؛ لأن الواجب الأصلي المثل ،

م: (ثلاث عطايا في سنة واحدة ، معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا) ش: أشار به . إلى قوله : لأن الوجوب بالقضاء .

م: (وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة) ش: أي فيؤخذ كل ثلث من الدية في سنة واحدة م: (وإن كان الواجب بالعقل) ش: أي من الجنايات فيما دون النفس م: (ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة ، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية ، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة ، وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل) ش: أي أوجب على القاتل م: (بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين. وقال الشافعي-رحمه الله -: ما وجب على القاتـل في ماله فهـو حال) ش: وبه قـال مـالـك وأحـمـد ، وقـد مـرت المسـألة م: (لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة ، فلا يلحق به العمد المحض) ش: .

م: (ولنا : أن القياس يأباه) ش: أي يأبى وجوب المال لانعدام المماثلة بين المال والتالف .

م: (والشرع ورد به) ش: أي بإيجاب المال م: (مؤجلاً) ش: في الخطأ م: (فلا يتعداه) ش: أي فلا يتعدى الذي يوجب الشرع .

فإن قيل : هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به .

قلنا : هو في معناه من حيث كونه مالاً وجب بالقتل ابتداء ، والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة ، وكون التأجيل للتخفيف حكمه لا يترتب الحكم عليه .

م: (ولو قتل عشـرة رجلاً خطأ فعلى كل واحد عـشر الدية في ثلاث سنين اعتبـاراً للجزء بالكل) ش: أي جزء الدية بكل الدية م: (إذ هو بدل النفس) ش: أي لأن الدية بدل النفس ، والتذكير باعتبار العقل م: (وإنما يعتـبر مدة ثلاث سنين من وقت القـضاء بالدية ؛ لأن الواجب الأصلي المثل ،

والتحول إلى القيمة بالقضاء ، فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور . قال: ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته ، لأن نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل. قال : وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها . قال -رضي الله عنه-: كذا ذكره القدوري في «مختصره » ، وهذا إشارة إلى : أنه يزاد على أربعة من جميع الدية ، وقد نص محمد -رحمه الله- على : أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة ، فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث درهم ، وهو الأصح .

والتحول إلى القيمة بالقضاء) ش: هذا هو الموعود قبله ، وقالت الأئمة الثلاثة : من وقت القتل م: (فيعتبر ابتداؤها) ش: أي ابتداء الدية م: (من وقته) ش: أي من وقت القضاء م: (كما في ولد المغرور) ش: وهو الذي وطأ امرأة معتمدًا على ملك يمين أو نكاح فولدت ولدًا ثم استحقت حيث يكون ولدها حرًا بالقيمة يوم الخصومة ، وهو يوم القضاء .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته ؛ لأن نصرته بهم، وهي) ش: أي النصرة م: (المعتبرة في التعاقل) ش: لأن الدية كانت على القبيلة في عهد النبي ﷺ وإنما فعلها عمر إلى أهل الديوان لمعنى التناصر ، فلما لم يكن الجاني من أهل الديوان أقر الحكم على الأصل .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد منهم على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها) ش: أي من الأربعة ، هذا إشارة على أنه يزاد على الأربعة في السنين الثلاث ، لأنه قد نفى الزيادة بسنة واحدة ، وجوز الأربعة على الواحد من العاقلة في السنة الواحدة ، فإذا كان ما يصيب الواحد في السنة الواحدة أربعة دراهم كان ما يصيبه في السنين الثلاث اثني عشر درهمًا لا محالة ، فكان ما يصيبه من جميع الدية زيادة على الأربعة ، وقد نص محمد في «كتاب المعاقل » بخلاف ذلك .

أشار إليه المصنف بقوله : م: (قال : -رضي الله عنه - كذا ذكره القدوري في «مختصره» ، وهذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية) ش: أي المصنف م: (وقد نص محمد -رحمه الله -على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث درهم وهو الأصح) ش: أي الذي قاله محمد هو الأصح .

وقال الأكمل : قوله : « وهو الأصح » احتراز عما ذهب إليه بعض مشايخنا بما فهم منهم

قال : وإن لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل معناه نسبًا كل ذلك بمعنى التخفيف، ويضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات : الإخوة ثم بنوهم ، ثم الأعمام، ثم بنوهم . وأما الآباء والأبناء فقيل : يدخلون لقربهم ، وقيل : لا يدخلون ؛ لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة ، وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة ، والآباء والأبناء لا يكثرون ، وعلى هذا حكم الرايات

إشارة كلام القدوري . وذكر في « المبسوط» قال : وذلك غلط : وقال الأترازي : رواية القدوري هي المشهورة ، وقد أثبت في «شرح الأقطع » روايته بقوله : لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة درهم ودانقان ، وينقص منها . وعلى شرح ذلك فلا يفرق بين نص محمد وبين رواية القدوري ، ويدل على صحة رواية «شرح الأقطع» ما ذكره القدروي ، ففي «مختصر الكرخي» في باب أروش الجنايات على الرقيق: ولا يغرم كل رجل من العاقلة إلا ثلاثة دراهم أو أربعة في الثلاث سنين ، وذلك كل ما يغرم ، ولا يغرم أكثر من ذلك ، انتهى .

ثم أكثر ما يوضع على كل واحد من العاقلة أربعة دراهم وأقله لا يتقدر ، وعند الشافعي على الغني نصف دينار وعلى المتوسط ربع دينار ، وكذا في «مختصر الأسرار» . قال مالك وأحمد -رحمهما الله- : لا تقدير فيه فيحملون ما يطيقون إذ التقدير لا يثبت إلا بالتوفيق ولا نص فيه فيفوض إلى رأي الحاكم . وعن أحمد -رحمه الله- في رواية مثل قول الشافعي -رحمه الله- المذكور .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(وإن لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل)** ش: قال المصنف -رحمه الله- : م: **(معناه)** ش: أي معنى كلام القدوري أقرب القبائل إليهم يعني م: **(نسبًا)** ش: أي من حيث النسب على الترتيب المذكور في العصبات م: **(كل ذلك بمعنى التخفيف)** ش: يعني طلبًا للتخفيف في حقهم ، هذا الجواب إنما يستقيم في حق العربي ، لأن العرب حفظت أنسابها فأمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل .

م: **(ويضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات : الإخوة ، ثم بنوهم ، ثم الأعمام ، ثم بنوهم)** ش: هذا إذا كان له عاقلة ، فإن لم يكن له عاقلة فعقله في بيت مال المسلمين . وعن محمد- رحمه الله- : أنه في مال الجاني .

م: **(وأما الآباء والأبناء فقيل : يدخلون لقربهم ، وقيل : لا يدخلون ؛ لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة ، وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة ، والآباء والأبناء لا يكثرون ، وعلى هذا حكم الرايات)** ش: يعني إذا كان القاتل من أهل الديوان فعاقلته من أهل

إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات، يعني أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر، الأقرب فـالأقرب ، ويفـوض ذلك إلى الإمام ؛ لأنه هـو العالم به ثم هذا كله عـندنا . وعند الشافعي - رحمـه الله- : يجب على كل واحد نصف دينار فـيسـوى بين الكل ؛ لأنه صلة فيعـتبر بالزكاة وأدناها ذلك ، إذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول : هي أحط رتبة منها . ألا ترى أنه لا تؤخذ من أصل المال فينتـقص منها تحقيقـاً لزيادة التخفيف . ولو كانت عـاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين فـي كل سنة الثلث ؛ لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء

الراية م: (**إذا لم يتسع لذلك أهـل راية ضم إليهم أقرب الرايات ، يعني أقـربهم نصرة إذا حـزبهم أمر الأقرب**) ش: لأهل الراية الأولى يقال حزبه أمر إذا أصابه .

م: (**فالأقـرب**) ش: يعني يقدم الأقرب فـالأقرب م: (**ويفــوض ذلك**) ش: يعني تقـديم الأقرب فالأقرب م: (**إلى الإمـام ؛ لأنه هو العـالم به**) ش: أي بالأقرب م: (**ثم هذا**) ش: الذي ذكرنا م: (**كله عندنا**).

م: (**وعند الشـافعي -رحـمه الله -: يجب على كل واحـد نصف دينار**) ش: قال أحـمد : في «وجيز الشـافعية» : ولا يضرب على فقير وإن كـان مقملاً ، ويضرب على الغني نصف دينار وهو الذي ملك عشرين ديناراً بعد المسكن وما يحتاج إليه ، وعلى المتوسط ربع وهو الذي يملك أقل من ذلك ، ولكن ملك ما فضل عن حـاجته . وينظر إلى اليسـار في آخر السنة ، فلو طرأ اليسار قبلها أو بعدها فلا التفات إليه .

م: (**فيسوى بين الكل**) ش: يعني الآباء والأبناء وغيرهم م: (**لأنه**) ش: أي الدية على تأويل العقل م: (**صلـة**) ش: لأنه يجب على العـاقلة بسـبيل المواسـاة من غـير أن يوجـد منهم جناية م: (**فيعتبر**) ش: أي فيعتبر الشافعي -رحـمه الله- القتل م: (**بالزكاة وأدناها ذلك ، إذ خـمسة دراهم عندهم**) ش: أي وأدنى الزكـاة م: (**نصف دينار**) ش: لأنه كـان ذلك في زمن رسـول الله ﷺ م: (**ولكنا نقول : هي أحط رتبة منها**) ش: أي من الدية .

وأوضح ذلك بقوله : م: (**ألا ترى أنه لا تؤخذ**) ش: أي العقل م: (**من أصل المال فينتقص منها**) ش: أي من الزكـاة ، والزكـاة تؤخـذ من أصل المال والعـقل يؤخـذ من نصف المال من العطاء ، وذلك م: (**تحقيقًا لزيادة التخفيف**) ش: في حق العاقلة فلم يكن تعليله حجة علينا .

م: (**ولو كـانت عاقلـة الرجل أصحـاب الرزق**) ش: يأخـذون كل شهـر م: (**يقـضى بالدية في أرزاقـهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث ؛ لأن الرزق في حقـهم بمنزلة العطاء**) ش: وقـد مر الفرق

قائم مقامه ، إذ كل منهما صلة من بيت المال ، ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة ، فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء ، وإن كان يخرج في كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية . وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر ، حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث . وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر ، وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر أو أعطية في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق ؛ لأنه أيسر، إما لأن الاعطية أكثر ، أو لأن الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الأداء منه والأعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم . قال : وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كأحدهم، لأنه هو الفاعل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره . وقال الشافعي -رحمه الله -: لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتباراً للجزء بالكل في النفي عنه . والجامع كونه معذوراً .

الرزق والعطاء عن قريب م: (**قائم مقامه**) ش: أي مقام العطاء م: (**إذ كل منهما صلة من بيت المال ، ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة ، فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء ، وإن كان يخرج في كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء**) ش: أي بعد حكم القاضي بذلك .

م: (**يؤخذ منه سدس الدية . وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث ، وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر ، وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر أو أعطية في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق ؛ لأنه أيسر ، إما لأن الأعطية أكثر ، أو لأن الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الأداء منه والأعطيات**) ش: والأخذ منه يكون إضراراً بهم ، والأعطيات ليست كذلك م: (**ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة**) يعني متى احتيج إليها م: (**فيتيسر عليهم**) ش: لأنه لا يحصل الضرر لهم بذلك .

وأدخل القاتل ، وفي أكثر النسخ م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كأحدهم ؛ لأنه**) ش: أي لأن القاتل م: (**هو الفاعل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره . وقال الشافعي -رحمه الله- : لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتباراً للجزء بالكل**) ش: لأن الحكم حول إلى العاقلة فلا تبقى عليه ، ولهذا لا يجب الكل عليه فلا يجب الجزء أيضًا اعتبارًا للجزء بالكل م: (**في النفي عنه**) ش: أي في نفي الوجوب عن القاتل م: (**والجامع كونه معذورًا**) ش: أي وجه الجمع في اعتبار الجزء بالكل هو كون القاتل معذوراً .

قلنا : إيجاب الكل إجحاف به ، ولا كذلك إيجاب الجزء . ولو كان الخاطىء معذوراً فالبريء منه أولى . قال الله تعالى : ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ (الإسراء : الآية ١٥) ، وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر -رضي الله عنه- :لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة . ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته ، والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ، ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية . وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية ،

م: (قلنا : إيجاب الكل إجحاف به) ش: أي إذهاب بالكلية م: (ولا كذلك إيجاب الجزء ، ولو كان الخاطئ معذوراً فالبريء منه أولى) ش: لأن العاقلة لم يتلوثوا بالدم ، لأنهم براء عن الجناية ، وكان الوجوب على غير البريء أولى م: (قال الله تعالى : ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ (الإسراء : الآية ١٥) ش: ولأنها دية وجبت بالقتل فلا تخلو ذمة القاتل عنها ، كما إذا لم تتسع العاقلة ولا مال في بيت المال .

م: (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل) ش: أراد بالذرية من لم يبلغ ، والذرية أولاد الأولاد في اللغة مأخوذة من الذر وهو صغار النمل .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن المرأة والصبي لا يعقلان مع العاقلة، وكذا على الفقير وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الظواهر ، وحكى بعض صحابنا عن مالك وأبي حنيفة : أن الفقير يدخل في التحمل، وهو رواية عن أحمد أنه من أهل النصرة ، فكان كالغني ، والصحيح الأول م: (لقول عمر-رضي الله تعالى عنه-: لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة) ش: هذا غريب . وقال الأترازي : وقد روى عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه - أنه قال: لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ، كذا في «شرح الكافي» .

م: (ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته) ش: أي الجاني م: (والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ، ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية) ش: يعني في نساء أهل الذمة وصبيانهم م: (وعلى هذا لو كان القاتل صبيًا أو امرأة لا شيء عليهما من الدية) ش: وفي «فتاوى قاضي خان » : لو كان القاتل امرأة أو صبيًا هل يجب عليهما شيء؟ اختلف المشايخ فيه .

والصحيح : أن القاتل يشارك العاقلة سواء كان صبيًا أو امرأة أو مجنونًا ، وكذا أبو القاتل وابنه من العاقلة ؛ والزوج لا يكون عاقلة المرأة . وكذا المرأة لا تكون عاقلة الزوج ،وفي الأب والابن خلاف للشافعي .

بخلاف الرجل ؛ لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل ؛ لأنه ينصر نفسه، وهذا لا يوجد فيهما ، والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام ورضي الله عنهن . ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر ، يريد به أنه إذا كان لأهل كل مصر ديوانه على حدة ؛ لأن التناصر بالديوان عند وجوده. ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم ؛ لأنهم اتباع لأهل المصر ، فإنهم إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة . ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة ؛ لأنه

وقال الكاكي : وهذه المسألة مخالفة لما مر قبل كتاب المعاقل: أنه لو وجد قتيل في دار امرأة أن المرأة تشارك العاقلة عند المتأخرين يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة لا تدخل بالعواقل في صورة من الصور.

م: (**بخلاف الرجل**) ش: حيث يجب عليه مع العاقلة م: (**لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل ؛ لأنه ينصر نفسه**) ش: أي لأن الرجل ينصر نفسه ، أي يمنع عنه غيره م: (**وهذا**) ش: أي نصر النفس أو منعه من غيره م: (**لا يوجد فيهما**) ش: أي من الصبي والمرأة لعجزهما عنه .

م: (**والفرض لهما**) ش: هذا جواب عما يقال: يفرض الإمام لنساء العراية وذرياتهم من العطاء وهو يمنع النصرة ، فأجاب بقوله: والفرض لهما ، أي للصبي ، والمرأة م: (**من العطاء للمعونة**) ش: أي لمعونة الجد بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك م: (**لا للنصرة**) ش: لضعفهما م: (**كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام ورضي الله عنهن**) ش: فإنه فرض لهن للمعونة لا للنصرة.

م: (**ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر**) ش: هذه من مسائل « الأصل »، أوضحها المصنف بقوله : م: (**يريد به**) ش: أي بهذا الذي ذكره م: (**أنه إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة ؛ لأن التناصر بالديوان عند وجوده . ولو كان**) ش: أي التناصر، م: (**باعتبار القرب في السكنى فأهل مصر أقرب إليه من أهل مصره آخر ، ويعقل أهل كل مصره من أهل سوادهم ؛ لأنهم أتباع لأهل المصر، فإنهم**) ش: أي فإن أهل السواق أي القرى.

م: (**إذا حزبهم**) ش: أي إذا أصابهم م: (**أمر**) ش: من الأمور المزعجة م: (**استنصروا بهم**) ش: أي: بأهل المصر م: (**فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة . ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة ؛ لأنه**) ش: أي لأن من كان بمنزله بالبصرة م:

يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه . والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره ، وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه ، وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل . ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له في الديوان عطاء وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة ، قيل : هو صحيح ؛ لأن الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل العطاء . وقيل: تأويله إذا كان قريباً لهم ، وفي الكتاب إشارة إليه ، حيث قال : وأهل البادية أقرب إليه من أهل

(يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه) .

م: (والحاصل أن الاستنصار) ش: أي طلب النصرة م: (بالديوان أظهر) ش: عندنا خلافًا للأئمة الثلاثة . وعن هذا قال في «المبسوط»: لو أن أخوين لأب وأم ديوان أحدهما بالكوفة وديوان الآخر بالبصرة لم يعقل أحدهما صاحبه ، وإنما يعقل عن كل واحد أهل ديوانه م: (فلا يظهر معه) ش: أي مع الاستنصار بالديوان م: (حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره) ش: هو الحلف والعدد م: (وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه) ش: أشار به إلى قوله : ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته .

م: (وعلى هذا) ش: أي وعلى هذا الأصل م: (يخرج كثير من صور مسائل المعاقل) ش: منها ما ذكره في «المبسوط » : ولو أن قومًا من أهل خراسان من ديوان واحد مختلفين في أنسابهم منهم من له ولاء ، ومنهم من له القرب جنى بعضهم جناية عقل عنه أهل رايته ، وإن كان غيره أقرب إليه في النسب لأنه أمر لا يرجع في الاستنصار إلى عشيرته عادة .

م: (ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له في الديوان عطاء وأهل البادية أقرب إليه) ش: أي قرابة ونسبًا م: (ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة ، قيل: هو) ش: أي عدم الاشتراط م: (صحيح ؛ لأن الذين يذبون) ش: أي يدفعون م: (عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر) ش: مرفوع لأنه خبر لأن ، أعني قوله : لأن الذين م: (ولا يخصون به أهل العطاء) ش: أي لا يخصون بالذنب أهل العطاء .

م: (وقيل : تأويله) ش: أي تأويل قول من قال بعدم الاشتراط المذكور م: (إذا كان قريبًا لهم) ش: أي ذا قرابة لهم م: (وفي الكتاب إشارة إليه ، حيث قال: وأهل البادية أقرب إليه من أهل

المصر ، وهذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكاناً ، فكانت القدرة على النصرة لهم ، وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة . ولو كان البدوي نازلاً في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر ؛ لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه ، كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم ؛ لأنه لا ينتصر بهم . وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلاً فديته على عاقلته بمنزلة المسلم ؛ لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الأضرار ، ومعنى التناصر موجود في حقهم . وإن لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه ، كما في حق المسلم، لما بينا أن الوجوب على القاتل ، وإنما يتحول عنه إلى العاقلة إن لو وجدت ، فإذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار

المصر) ش: أي أقرب إليه نسبًا من أهل المصر .

م: (وهذا) ش: أي اشتراط القرابة م: (لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكانًا ، فكانت القدرة على النصرة لهم) ش: لأنه إذا كان هكذا استقام الوجوب على أهل الديوان باعتبار القرابة في النسب وإن لم يكن له عطاء فيهم ، وذلك لأنهم أقرب مكانًا فكانوا أقدر على النصرة ، وإن كان أهل البادية أقرب نسبًا .

م: (وصار) ش: في بعض النسخ : وصارت أي هذه المسألة م: (نظير مسألة الغيبة المنقطعة) ش: يعني أن للولي الأبعد أن يزوج إذا كان الولي الأقرب غائبًا غيبة منقطعة ، لأنه أقدر على إقامة مصالحها ، فهذا نظير ذلك .

م: (ولو كان البدوي نازلاً في المصر لا مسكن له فيه) ش: أي في المصر م: (لا يعقله أهل المصر ، لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه) ش: أي في المصر لا يعقله أهل المصر م: (كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم ؛ لأنه) ش: أي لأن النازل فيهم م: (لا ينتصر بهم) ش: أي إذا لم يكن مسكنه فيهم .

م: (وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلاً فديته على عاقلته بمنزلة المسلم ؛ لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الأضرار) ش: كحد السرقة والقذف والقصاص ووجوب الدية م: (ومعنى التناصر موجود في حقهم ، وإن لم تكن لهم) ش: أي لأهل الذمة م: (عاقله معروفة فالدية في ماله) ش: أي في مال الذمي .

م: (في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل ، وإنما يتحول عنه إلى العاقلة إن وجدت ، فإذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب

الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله؛ لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه ، وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ، ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر، والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم ، لأن الكفر كله ملة واحدة ، قالوا : هذا إذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة ، أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض ، وهكذا عن أبي يوسف -رحمه الله -لانقطاع التناصر . ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي، فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة . وقال زفر- رحمه الله تعالى- يقضي على عاقلته من أهل الكوفة ، وهو رواية عن أبي يوسف -رحمه الله -؛ لأن الموجب هو الجناية وقد تحققت ، وعاقلته أهل الكوفة ، وصار كما إذا حول

قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله ؛ لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه) ش: وإنما أطلق القتيل ليشمل العمد والخطأ ، لأن الدية تجب في ماله سواء كان القتل عمداً أو خطأ ، لأن العاقلة لا تعقل جناية وقعت في دار الحرب ، وبه صرح الكرخي في« مختصره » في كتاب «السير» .

م: (وتمكنه) ش: أي تمكن أحد التاجرين الداخلين في دار الحرب م: (من هذا القتل) ش: أي من قتل صاحبه م: (ليس بنصرتهم) ش: أي بنصرة أهل الإسلام فلا يعقل عنه أهل الإسلام ، بل يجب في ماله .

م: (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر) ش: لأن بناء العقل على التناصر ، ولا تناصر مع اختلاف الدين م: (والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم ؛ لأن الكفر كله ملة واحدة ، قالوا) ش: أي المشايخ : م: (هذا إذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة ، أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض ، وهكذا عن أبي يوسف-رحمه الله -) ش: أي هكذا عن أبي يوسف م: (لانقطاع التناصر) ش: عند ظهور المعاداة فيما بينهم .

م: (ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه إلى البصرة) ش: وفي بعض النسخ : جعل ديوانه ، أي بعد القتل م: (ثم رفع إلى القاضي ، فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة . وقال زفر -رحمه الله تعالى-: يقضي على عاقلته من أهل الكوفة ، وهو رواية) ش: أي قول زفر رواية م: (عن أبي يوسف-رحمه الله -) ش: وهو قياس قول الأئمة الثلاثة م: (لأن الموجب هو الجناية ، وقد تحققت ، وعاقلته أهل الكوفة) ش: الواو للحال م: (وصار كما إذا حول بعد

بعد القضاء ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل ، وبالقضاء ينتقل إلى المال ، وكذا الوجـوب على القاتل وتتحـمل عنه عاقلتـه . وإذا كان كذلك يتـحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء ، بخلاف ما بعد القضـاء لأن الواجب قد تقرر بالقضاء ، فلا ينتقل بعد ذلك ، لكن حـصة القـاتل تؤخـذ من عطائه ، بالبـصرة ؛ لأنهـا تؤخذ من العـطاء ، وعطاؤه بالبصـرة . بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليـهم ، حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب ؛ لأن في النقل إبطال حكم الأول فـلا يجوز بحال ، وفي الضـم تكثير المتـحملين لما قضـي به عليهم ، فكان فيه تقرير الحكم الأول لا إبطاله، وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء ، فلم يقض عليه حـتى استوطن البـصرة قضى بالدية على أهل البـصرة . ولو كان قـضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم ، وكذا البدوي إذا ألحق بالديوان بعد القتلي قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان، وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم. وهذا بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث

القضاء) .

م: (ولنا : أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل ، وبالقضاء ينتقل إلى المال ، وكذا الـوجوب على القـاتل وتتحـمل عنه عاقلتـه . وإذا كان كـذلك يتحـمل عنه من يكون عاقـلته عند القضاء ، بخلاف ما بعد القضاء) ش: يعني بخلاف إذا قضي بالدية على عاقلته من أهل الكوفة ثم حول عطاؤه إلى ديوان البصرة كانت الدية على عـاقلته من أهل الكوفة لا ينتقل عنهم . م: (لأن الواجب قد تقـرر بالقضاء ، فلا ينـتقل بعد ذلك ، لكن حصـة القاتل تؤخذ من عطائه بالبـصرة ؛ لأنها) ش: أي لأن الدية م: (تؤخذ من العطاء ، وعطاؤه بالبصرة) .

م: (بخلاف ما إذا قلت العاقلة) ش: أي العاقلة بموت بعضهم م: (بعد القضاء عليهم ، حيث يضم إليهم أقـرب القبائل فـي النسب ، لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجـوز بحال ، وفي الضم تكثير المتـحملين لما قضي به عليه ، فكان فيـه تقرير الحكم الأول لا إبطاله ، وعلى هذا) ش: أي على هذا الحكم المذكور م: (لو كان القـاتل مسكنه بالكـوفة وليس له عطاء فلم يقض عليـه حتى استـوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة ولو كان قـضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم ، وكذا البدوي إذا ألحق بالديوان بعـد القتل قـبل القضـاء يقضى بالدية على أهل الديـوان ، وبعد القضـاء على عاقـلته بالبادية لا يتحول عنهم) ش: أي أهل الديوان .

م: (وهذا) ش: أي هذا الذي قلنا من عدم انتقال العقل عن أهل الكوفة بعد القضاء عليهم إلى أهل البصرة م: (بخلاف مـا إذا كان قوم من أهل البـادية قضي بالدية عليـهم في أموالهم في ثلاث

سنين ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الدية في أعطياتهم ، وإن كان قضى بها أول مرة في أموالهم ؛ لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول ؛ لأنه قضى بها في أموالهم وأعطياتهم أموالهم ، غير أن الدية تقضى في أيسر الأموال أداء ، والأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء ، إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم ، فحينئذ لا تتحول إلى الدراهم أبداً لما فيه من إبطال القضاء الأول ، لكن يقضى ذلك من مال العطاء لأنه أيسر . قال : وعاقلة المعتق قبيلة مولاه ؛ لأن النصرة بهم ، يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام :« مولى القوم منهم » . قال : ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته ؛ لأنه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة ، وفيه خلاف الشافعي -رحمه الله تعالى ، وقد مر في كتاب الولاء . قال :

ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية ، وتتحمل نصف العشر فصاعداً .

سنين ، ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الدية في أعطياتهم ، وإن كان قضي بها أول مرة في أموالهم ؛ لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول ؛ لأنه قضي بها في أموالهم وأعطياتهم أموالهم ، غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداء، والأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء ، إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليه بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم ، فحينئذ لا تتحول إلى الدراهم أبدًا لما فيه من إبطال القضاء الأول ، لكن يقضى ذلك من مال العطاء) ش: عليهم ، لكن يقضى ذلك إلى الإبل من مال العطايا م: (لأنه أيسر) ش: أي لأن الأداء منه أيسر .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وعاقلة المعتق) ش: بفتح التاء م: (قبيلة مولاه ؛ لأن النصرة بهم) ش: وهذا الاختلاف فيه ، ولا يعقل مولى الأسفل من الأعلى ، وبه قال أصحاب مالك وأحمد والشافعي في قول: يعقل م: (يؤيد ذلك) ش: أي كون عاقلة المعتق مولاه م: (قوله : عليه الصلاة والسلام) ش: أي قول النبي ﷺ م: (مولى القوم منهم) ش: هذا الحديث تقدم في الزكاة .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته ؛ لأنه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة ، فيه خلاف الشافعي-رحمه الله تعالى-) ش: وأحمد أيضًا ، وقال مالك: إذا كان الرجل في غير عشيرته فعقله على القوم الذين معهم م: (وقد مر في كتاب الولاء) ش: يعني إذ عقد الموالاة ليس بشيء عند الشافعي .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدًا) ش: وفي بعض النسخ : وتعقل نصف العشر فصاعداً ، وذلك لما قال محمد في كتاب« الآثار » : أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن إبراهيم قال : لا تعقل العاقلة في أدنى من الموضحة وإرش الموضحة نصف عشر بدل النفس .

والأصل فيه حديث ابن عباس -رضي الله عنهما- موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ : «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة» . وإرش الموضحة نصف عشر بدل النفس ، ولأن التحمل للتحرز عن الإجحاف ولا إجحاف في القليل ، وإنما هو في الكثير ، والتقدير الفاصل عرف بالسمع . قال : وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني ، والقياس: فيه التسوية بين القليل والكثير ، فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي -رحمه الله - أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء ، إلا أنا تركناه بما روينا ، وبما روي أنه عليه الصلاة والسلام أوجب أرش الجنين على العاقلة

م: (والأصل فيه) ش: أي في هذا الباب م: (حديث ابن عباس -رضي الله عنهما - موقوفًا عليه ومرفوعًا إلى رسول الله ﷺ بقوله : « لا تعقل العواقل عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا ولا ما دون أرش الموضحة »[1]) ش: ذكر الأترازي هذا بقوله : وذكر أصحابنا في كتبهم عن ابن عباس إلى آخره . ثم قال: ذكر أبو عبيد هذا الحديث بإسناده إلى الشعبي وجعله من كلامه ولم يذكر قوله ولا ما دون أرش الموضحة ، انتهى .

قلت : الموقوف ما ذكر محمد بن الحسن الشيباني فقال : حدثني عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن عبد الله بن عباس -رضي الله تعالى عنهما - قال : لا تعقل العاقلة عمدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا ولا ما جنى المملوك. وأما المرفوع فغريب وليس في الحديث أرش الموضحة . ولكن أخرج ابن أبي شيبة في «مصنفه» عن النخعي قال : لا تعقل العاقلة ما دون الموضحة ، ولا يعقل العمد ولا الصلح ولا الاعتراف .

م: (وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس ، ولأن التحمل للتحرز عن الإجحاف ، ولا إجحاف في القليل ، وإنما هو في الكثير ، والتقدير الفاصل عرف بالسمع) ش: أراد بالفاصل هو الفصل بين أرش الموضحة وبين ما دونه في التحمل وعدمه ، وهو عرف بالنص ، وهو الذي ذكره ابن عباس ، وإبراهيم النخعي والشعبي .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني) ش: أي ما نقص من نصف عشر الدية يكون ذلك في مال الجاني م: (والقياس فيه) ش: أي في العقل م: (التسوية بين القليل والكثير في التحمل ، فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي، أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء) ش: بعدم صدور الجناية عنهم م: (إلا أنا تركناه) ش: أي القياس م: (بما رويناه) ش: أشار به إلى أحاديث النبي ﷺ ذكرناها في كتاب الجنايات وغيره م: (وبما روي أنه عليه الصلاة والسلام) ش: أي أن النبي ﷺ م: (أوجب أرش الجنين على العاقلة) ش: وقد تقدم

---

(١) تقدم تخريجه .

وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الأموال ؛ لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم ، فلهذا كان في مال الجاني أخذاً بالقياس . قال : ولا تعقل العاقلة جناية العبد ، ولا ما لزم بالصلح أو باعتراف الجاني لما روينا . ولأنه لا تناصر بالعبد ، والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم . قال : إلا أن يصدقوه ؛ لأنه ثبت بتصادقهم ، والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم . ومن أقر بقتل خطأ ولم يرفعوه إلى القاضي إلا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى ؛ لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالإقرار أولى .

هذا في الجنين أن الأئمة الستة أخرجوه .

م: (**وهو**) ش: أي فيما دون م: (**نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه**) ش: أي فيما دون أرش الجنين م: (**يسلك به مسلك الأموال ؛ لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم**) ش: أي ضمان المال المتلف بتقويم المقومين م: (**فلهذا**) ش: أي فلأجل ذلك م: (**كان في مال الجاني أخذاً بالقياس**) ش: لأن الأصل وجوب ضمان الجناية على الجاني .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا تعقل العاقلة جناية العبد**) ش: أي جناية العبد بنفسه ، وهو إضافة المصدر إلى الفاعل م: (**ولا ما لزم بالصلح**) ش: أي في صلح أولياء الجاني مع الجاني لقصور ولاية المصالح م: (**أو باعتراف الجاني**) ش: أي ولا يلزم العاقلة أيضًا ما يلزم بإقرار الجاني لقصور ولاية المقر عن العاقلة م: (**لما روينا**) ش: أشار به إلى ما ذكره محمد بن الحسن عن ابن عباس -رضي الله تعالى عنهما - وقد مر عن قريب .

م: (**ولأنه**) ش: دليل معقول ، أي ولأن الشأن م: (**لا تناصر بالعبد**) ش: لعجزه م: (**والإقرار**) ش: أي إقرار الجاني م: (**والصلح**) ش: أي صلح الجاني م: (**لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم**) ش: أي عن العبد والمقر بالجناية والمصالح .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**إلا أن يصدقوه**) ش: العاقلة المقر في إقراره فحينئذ يلزمهم تحمل العقل م: (**لأنه ثبت بتصادقهم**) ش: أي بتصادق العاقلة م: (**والامتناع**) ش: أي امتناع الوجوب عليهم م: (**كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم**) ش: فيصح تصديقهم ويلزمهم .

م: (**ومن أقر بقتل خطأ ولم يرفعوه إلى القاضي إلا بعد سنين قضي عليه**) ش: أي على المقر م: (**بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى ؛ لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالإقرار أولى**) ش: يعني أن البينة حجة متعدية ، والإقرار حجة قاصرة فعلى هذا تكون

ولو تصادقا القاتل وولي الجناية على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة ؛ لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم ، ولم يكن عليه شيء في ماله ؛ لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما ، بخلاف الأول ، إلا أن يكون له عطاء معهم ، فحينئذ يلزمه بقدر حصته ؛ لأنه في حق حصته مقر على نفسه ، وفي حق العاقلة مقر عليهم . قال : وإذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته ؛ لأنه بدل النفس على ما عرف من أصلنا ، وفي أحد قولي الشافعي : تجب في ماله ؛ لأنه بدل المال عنده ،

البينة أقوى من الإقرار ، ثم الدية في القتل الثابت بالبينة إذا كان خطأ يجب مؤجلة من وقت القضاء لا من وقت الموت ، ففي الثابت بالإقرار أولى ، لأن الإقرار أدنى من البينة .

م: (**ولو تصادقا القاتل وولي الجناية**) ش: كذا وقع في بعض النسخ : تصادقا بذكر البينة ، وهذا لا يجيء إلا على لغة الحلوى العواصب ، وفي عامة النسخ: ولو تصادق القاتل وولي الجناية م: (**على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على العاقلة بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة ؛ لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم**) ش: أي على العاقلة .

م: (**ولم يكن عليه شيء في ماله**) ش: أي لم يكن على القاتل شيء أيضًا بهذا التصادق م: (**لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما ، بخلاف الأول**) ش: أراد به ما إذا أقر بقتل خطأ حيث يقضى عليه بالدية في ماله ، لأن إقراره حجة على نفسه ويدعي ولي القتيل عليه أيضًا .

وها هنا فيما نحن فيه لا يدعي ولي القتيل عليه ، لأنه تصادق مع القاتل أن الدية على العاقلة وقد قضى بها القاضي عليهم فلا يكون على القاتل شيء م: (**إلا أن يكون**) ش: استثناء من قوله : ولم يكن عليه شيء . أي إلا أن يكون م: (**له عطاء معهم ، فحينئذ يلزمه بقدر حصته ؛ لأنه في حق حصته مقر على نفسه ، وفي حق العاقلة مقر عليهم**) ش: فيؤخذ بما أقر على نفسه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا جنى الحر على العبد فتقله خطأ كان على عاقلته قيمته**) ش: أي كان العقل وهو الدية . وفي بعض النسخ : كانت أي الدية على عاقلته م: (**لأنه بدل النفس على ما عرف من أصلنا**) ش: أن الوجوب على العاقلة إذا كان القتيل خطأ .

م: (**وفي أحد قولي الشافعي: تجب في ماله**) ش: وبه قال مالك . وفي قوله الثاني : تجب على عاقلته كقولنا، وهو اختيار المزني وقول أحمد م: (**لأنه**) ش: أي لأن الواجب في القتل م: (**بدل المال عنده**) ش: أي عند الشافعي .

ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت ، وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة ؛ لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف ، وفي أحد قوليه : العاقلة تتحمله كما في الحر ، وقد مر من قبل . قال أصحابنا : إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال ؛ لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته ، وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ، ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال ، فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال . وعن أبي حنيفة -رحمه الله -رواية شاذة: أن الدية في ماله ، ووجهه : أن الأصل أن تجب الدية على القاتل ؛ لأنه بدل متلف ، والإتلاف منه ، إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقاً للتخفيف على ما مر . وإذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم إلى الأصل . وابن الملاعنة تعقله عاقلة أمه ؛ لأن نسبه ثابت منها دون الأب . فإن عقلوا عنه ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم

م: (ولهذا) ش: أي ولأجل ذلك م: (يوجب) ش: أي الشافعي م: (قيمته بالغة ما بلغت) ش: ونحن نقول الواجب فيه الدية لإطلاق قوله تعالى : ﴿ ودية مسلمة إلى أهله ﴾ (النساء : الآية ٩٢) ، م: (وما دون النفس من العبد) ش: إلى آخر كتاب المعاقل ، ذكره على سبيل التفريع م: (لا تتحمله العاقلة لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف، وفي أحد قوليه) ش: أي أحد قولي الشافعي م: (العاقلة تتحمله) ش: أي العاقلة م: (كما في الحر ، وقد مر من قبل) ش: أي في أول فصل بعد باب جناية المملوك .

م: (قال أصحابنا : أن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال) ش: بأن كان لقيطًا ونحوه وكان مسلمًا بدليل قوله : م: (لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته ، وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ، ولهذا لو مات) ش: أي القاتل الذي ليس له عاقلة م: (كان ميراثه لبيت المال ، فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال) ش: لأن الغرم بالغنم .

م: (وعن أبي حنيفة-رحمه الله – رواية شاذة : أن الدية في ماله) ش: روى هذه الرواية محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة وهي رواية أحمد أيضًا ، وبالأول قالت الثلاثة م: (ووجهه) ش: أي وجه ما ذكر من الرواية الشاذة م: (أن الأصل أن تجب الدية على القاتل ؛ لأنه بدل متلف ، والإتلاف منه ، إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقًا للتخفيف على ما مر) ش: عند قوله : وإن كان لأهل الذمة عواقل . . . إلى آخره م: (وإذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم إلى الأصل) ش: وهو وجوب المال على الجاني .

م: (وابن الملاعنة تعقله عاقلة أمه ؛ لأن نسبه ثابت منها دون الأب ، فإن عقلوا عنه) ش: أي عن ابن الملاعنة م: (ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم

يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب ؛ لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم ؛ لأن عند الإكذاب ظهر أن النسب لم يزل وكان ثابتًا من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب ، ومتى ظهر من الأصل فقوم الأم تحملوا ما كان واجباً على قوم الأب فيرجعون عليهم ؛ لأنهم مضطرون في ذلك . وكذلك إن مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة ، لأنه عند الأداء يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت حرية الأب وهو آخر جزء من أجزاء حياته ، فيتبين أن قوم الأم عقلوا عنهم فيرجعون عليهم . وكذلك رجل أمر صبياً بقتل رجله فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية ، رجعت بها على عاقلة الأمر إن كان الآمر ثبت بالبينة ، وفي مال الآمر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر أو على عاقلته ؛ لأن الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير . قال -رحمه الله- : ههنا عدة مسائل ذكرها محمد-رحمه الله - متفرقة .

يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب ؛ لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم ؛ لأن عند الإكذاب ظهر أن النسب لم يزل وكان ثابتًا من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب ، ومتى ظهر من الأصل فقوم الأم تحملوا ما كان واجبًا على قوم الأب ، فيرجعون عليهم ؛ لأنهم مضطرون في ذلك) ش: أي يرجعون في ثلاث سنين ، وفي «المحيط» : هذا عندهما ، وعند أبي حنيفة : يرجعون حالاً بما أدوا .

م: (وكذلك) ش: أي الحكم م: (وإن مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة ؛ لأنه عند الأداء يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت حرية الأب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فيتبين أن قوم الأم عقلوا عنهم فيرجعون عليهم) ش: في ثلاث سنين ؛ لأنهم مضطرون ، وبقولنا : قال مالك . وعند الشافعي وأحمد : يبطل فلا يحول الولاء .

م: (وكذلك) ش: أي الحكم إذا كان م: (رجل أمر صبيًا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية ، رجعت بها على عاقلة الآمر إن كان الآمر ثبت بالبينة ، وفي مال الآمر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر) ش: أي إذا ثبت بإقراره (أو على عاقلته) ش: أي إذا ثبت بالبينة م: (لأن الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير) ش: لأن الأصل في وجوب الديات هو الأجل للتيسير إلا إذا ثبتت الدية بالصلح فذلك لا أجل له إلا إذا اشترط .

م: (قال- رحمه الله-) ش: أي المصنف -رحمه الله-: م: (ههنا عدة مسائل) ش: أي في المعاقل مسائل عديدة م: (ذكرها محمد-رحمه الله - متفرقة) ش: في مواضع لا في موضع

والأصل الذي يخرج عليه أن يقال : حال القاتل إذا تبدل حكمًا فانتقل ولاؤه إلى ولاء آخر بسبب أمر حادث لم تنتقل جنايته عن الأولى قضى بها أو لم يقض ، وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع . ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء ، فإن كان قضى بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية . وإن لم يكن قضى بها على الأولى فإنه يقضي بها على الثانية ، وإن كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده ،

واحد م: (**والأصل الذي يخرج عليه**) ش: أي الأصل [الذي] يخرج عليه تلك المسائل م: (**أن يقال: حال القاتل إذا تبدل حكمًا**) ش: أي من حيث الحكم م: (**فانتقل ولاؤه الي ولاء آخر بسبب أمر حادث لم تنتقل جنايته عن الأولى**) ش: أي عن الجناية الأولى .

م: (**قضى بها أو لم يقض**) ش: هذا هو الأصل الأول ، والأصل الثاني هو قوله : م: (**وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع . ولو لم يختلف حال الجاني**) ش: هذا هو الأصل الثالث م: (**ولكن العاقلة تبدلت**) ش: بأن كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء ثم نقل ديوانه إلى البصرة م: (**كان الاعتبار في ذلك**) ش: أي في التبدل م: (**لوقت القضاء**) .

م: (**فإن كان قضى بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية ، وإن لم يكن قضى بها على الأولى فإنه يقضي بها على الثانية**) ش: نظير الفصل الأول : مولود بين حرة وعبد جنى ثم أعتق أبوه لا تتحول الجناية عن عاقلة الأم . ومن نظيره : إذا أسلم حربي ووالي مسلمًا ثم جنى جناية عقلت عنه العاقلة التي ولاه ، فإن عقلوه عنه أو لم يقض بها حتى أمر به أبوه من دار الحرب فاشتراه رجل فأعتقه فهو حر ولاء أبيه ، فصار مولى الموالي ابنه ، ولكن لا ترجع عاقلة الذي كان ولاؤه على عاقلة مولى الأب لأنه أمر حادث .

وصورة الفصل الثاني : قتل ابن الملاعنة رجلاً خطأ تعقل عنه عاقلة الأم ، لأن نسبه ثابت من الأم ، فإن عقلوا عنه ثم أعاده الأب رجعت عاقلة الأم بما ادعت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب .

ومن نظير الفصل الثالث : ما إذا كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء ولم يقض بالدية على عاقلته حتى حول ديوانه إلى البصرة ، فإنه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة ، وعلى قول زفر يقضى على عاقلته من الكوفة ، وهو رواية عن أبي يوسف -رحمه الله .

م: (**وإن كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده،**

إلا فيـما سبق أداؤه ، فـمن أحكم هذا الأصل متأمـلاً يمكنه التخريـج فيما ورد علـيه من النظائر والأضداد والله أعلم بالصواب .

إلا فيما سبق أداؤه) ش: يعني لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الذين أدوا أولاً قبل ضم أقرب القبائل إليهم م: (فمن أحكم هذا الأصل) ش: حال كونه م: (متأملاً يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والأضداد) ش: أي ومن أضداد هذه المسائل م: (والله أعلم بالصواب) .

* * *

كتاب الوصايا

م: (كتاب الوصايا)

ش: أي هذا كتاب في بيان أحكام الوصايا ذكرها في آخر الكتاب لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، والموت آخر أحوال الآدمي فناسب ذكرها في آخر الكتب وهو جمع وصية ، والوصية والوصايا يقصر اسمان بمعنى المصدر .

وسمي الموصى به وصية أيضًا ، قال الله تعالى : ﴿ **من بعد وصية توصون بها** ﴾ (النساء : الآية ١٢) ، والوصاية بالكسر مصدر لأوصى والإيصاء طلب شيء من غيره ليعقل على عيب منه حال حياته وبعد وفاته . ومعناها في الشرع : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت سواء كان في المنافع أو في الأعيان وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع ، وشرطها : كون الموصي أهلاً للتمليك والموصى به من بعد مالاً قابلاً للتمليك . وشرائطها : كثيرة تأتي في أثناء المسائل .

وركنها : قوله : أوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الألفاظ المستعملة فيها . وحكمها : أن يملك موصى له الموصي به ملكًا جديدًا كما يملك بالهبة ، وسببها : سبب التبرعات ، والله أعلم .

***

باب في صفة الوصية
ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

قال : الوصية غير واجبة ، وهي مستحبة .

م: (باب في صفة الوصية)

م: (ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعًا عنه)

ش: لما كان الكتاب مشتملاً على الأبواب ، والأبواب مشتملة على الفصول ، ذكرها واحدًا بعد واحد ، أي هذا باب في بيان صفة الوصية إلى آخره .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) ش: إنما قال : مستحبة بعد نفي الوجوب ردًا لقول البعض : إنها واجبة لأنه لا يلزم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الإباحة وذلك لأن الوصية مشروعة لنا لا علينا ، لما روى الطحاوي باسناده إلى أبي هريرة -رضي الله تعالى عنه- قال : قال النبي ﷺ : « **إن الله قد جعل لكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم** »[1] .

والمشروع لنا لا يكون فرضًا ولا واجبًا ، بل يكون مندوبًا . وقال ابن عبد البر : أجمع أهل العلم على أن الوصية غير واجبة إلا من عليه حقوق بغير بينة وأمانة بغير إشهاد إلا طائفة شاذة فأوجبتها . روي عن الزهري أنه قال : جعل الوصية حقًا مما قل أو كثر .

وقيل لأبي مجلز: على كل ميت وصية؟ قال : نعم إن ترك خيرًا . وقال أبو بكر عبدالعزيز: هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون ، وهو قول أصحاب الظواهر . وحكي ذلك عن مسروق [. . .] وقتادة وابن جريج . وقول بعضهم : هي واجبة في حق الوالدين والأقربين لقوله تعالى : ﴿ **كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين** ﴾ (البقرة : الآية ٨٠) .

قلنا : الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿ **للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون** ﴾ (النساء : الآية ٧) ، قاله ابن عباس -رضي الله تعالى عنهما- . وقال ابن عمر : نسختها آية المواريث ، وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي وأكثر أئمة التفسير .

---

(١) رواه ابن ماجه (٢٧٠٩) عن طلحة بن عمرو عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة . . ، مرفوعاً ، وفيه طلحة بن عمرو وهو متروك .

والقياس يأبى جوازها ؛ لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته . ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل : ملكتك غداً كان باطلاً، فهذا أولى بالبطلان ، إلا أنا استحسناها لحاجة الناس إليها، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله ، فإذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي ، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي ، وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ، ومثله في الإجارة بيناه ، وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين ،

وقال أكثر أصحابنا : نسخت بقوله ﷺ : «إن الله أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث»، هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة -رضي الله تعالى عنهم- منهم أبو أمامة الباهلي -رضي الله تعالى عنه- أخرج حديثه أبو داود والترمذي وابن ماجة بإسناده إليه أن النبي ﷺ : **خطب فقال: «إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»** .

وقال الترمذي: حديث حسن، وهو حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول ، وقال الأترازي : ونسخ الكتاب بمثله جائز عندنا ، وهو حجة على الشافعي حيث يعتقد عدم جواز نسخ الكتاب بالسنة وقد انتسخ بها .

م: (**والقياس يأبى جوازها**) ش: أي جواز الوصية م: (**لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته . ولو أضيف**) ش: أي التمليك م: (**إلى حال قيامها**) ش: إلى قيام المالكية م: (**بأن قيل : ملكتك غداً كان باطلاً ، فهذا أولى بالبطلان ، إلا أنا استحسناها**) ش: أي الوصية م: (**لحاجة الناس إليها ، فإن الإنسان مغرور أمله مقصر في عمله ، فإذا عرض له المرض وخاف البيات**) ش: أي الهلاك والموت، والبيات اسم يعني البيت ، وهو أن يأتي العدو ليلاً م: (**يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط**) ش: أي إلى تدارك بعض ما سبق منه من التقصير م: (**بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي ، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي ، وفي شرع الوصية ذلك**) ش: أي تلافي فبعض ما فرط منه م: (**فشرعناه**) ش: الشارع شرعها م: (**ومثله في الإجارة بيناه**) ش: يعني كما أن الوصية لا تجوز في القياس ، وتجوز في الاستحسان ، فكذلك الإجارة لا تجوز في القياس ، لأنها تمليك منفعة معدومة ، ولكنها جوزت استحساناً دفعاً لحاجة الناس .

م: (**وقد تبقى المالكية**) ش: جواب عن وجه القياس ، أي قد تبقى بعض المالكية م: (**بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز**) ش: أي في تجهيز الميت ، فإن قدر تجهيزه على ملك الميت تقدير الحاجة إليه م: (**والدين**) ش: كذلك ، لأن قدر ما عليه من الدين لا يملكه الورثة م:

وقد نطق به الكتاب ، وهو قول الله تعالى :﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ (النساء:الآية١١). والسنة وهو قول النبي عليه الصلاة والسلام : «إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم ، أو قال حيث أحببتم».

(وقد نطق به الكتاب) ش: أي وقد نطق بجواز الوصية القرآن م: (وهو قول الله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾ (النساء : الآية ١١) ش: وكذلك قوله : ﴿ إن ترك خيراً الوصية﴾ (البقرة : الآية ١٨٠) .

م: (والسنة) ش: أي وقد نطقت به السنة أيضًا م: (وهو قول النبي عليه الصلاة السلام : «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم تضعونها حيث شئتم ، أو قال : حيث أحببتم ») ش: قد ذكرنا عن قريب أن هذا الحديث رواه أبو هريرة وأخرجه الطحاوي وأخرجه ابن ماجة أيضًا ولفظه : «تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم».

وروى الدارقطني بإسناده إلى أبي أمامة عن معاذ بن جبل -رضي الله تعالى عنه - عن النبي ﷺ : « قال إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم »[(١)] .

وروى أحمد في« مسنده » عن أبي الدرداء -رضي الله تعالى عنه - عن رسول الله ﷺ قال : « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم »[(٢)] .

وروى ابن عدي والعقيلي في كتابيهما عن مكحول عن الصنابحي أنه سمع أبا بكر الصديق -رضي الله تعالى عنه - يقول : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إن الله عز وجل قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند موتكم زيادة في أعمالكم »[(٣)] ، وإسناده ضعيف .

وروى الطبراني في «معجمه» بإسناده إلى خالد بن عبيد السلمي -رضي الله تعالى عنه - أن رسول الله ﷺ قال: « إن الله عز وجل أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم زيادة في

---

(١) أخرجه الدارقطني (٢/ ٤٨٨) عن إسماعيل بن عياش عن عتبة بن حميد عن القاسم عن أبي أمامة عن معاذ مرفوعاً . وفيه عتبة بن حميد وهو متكلم فيه .

(٢) رواه أحمد عن أبي بكر بن أبي مريم عن ضمرة بن حبيب عن أبي الدرداء . . مرفوعاً . وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف وقد اختلط بآخره .

(٣) رواه ابن عدي في «الكامل »(٢/ ٣٨٦) وفيه : حفص بن عمر بن ميمون ، وهو ضعيف .

وعليه إجماع الأمة . ثم تصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا ، وسنبين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى . قال : ولا تجوز بما زاد على الثلث لقول النبي عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص -رضي الله عنه- : «الثلث، والثلث كثير» ، بعدما نفى وصيته بالكل والنصف ، ولأنه حق الورثة ، وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم

أعمالكم»[1] ، انتهى .

وانظر التفاوت بين الحديث الذي ذكره المصنف وبين هذه الأحاديث م: (**وعليه إجماع الأمة**) ش: أي على كونه مشروعًا أجمعت الأمة .

م: (**ثم تصح**) ش: أي الوصية في الثلث م: (**للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا**) ش: أشار إلى وجه الاستحسان من المنقول والمعقول م: (**وسنبين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى**) ش: أي في فعل الوصية أو في قدر الوصية ، أشار بذلك إلى ما قال بعد ورقة بقوله : ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا تجوز**) ش: أي الوصية م: (**بما زاد على الثلث**) ش: وهذا عند وجود الورثة بإجماع أهل العلم عند عدم إجازة الورثة ، ويجوز عند إجازتهم م: (**لقول النبي عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**في حديث سعد بن أبي وقاص -رضي الله عنه - :«الثلث والثلث كثير»**) ش: هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سعد بن أبي وقاص قال : **قلت : يا رسول الله : إن لي مالاً كثيراً ، وإنما ترثني ابنتي ، أفأوصي بمالي كله؟ قال : لا، قال: فالثلثين؟ ، قال : لا ، قال : فبالنصف ؟ قال : لا ، قال : فبالثلث ؟ قال : الثلث والثلث كثير»** .

م: (**بعدما نفى**) ش: أي بعدما نفى النبي ﷺ م: (**وصيته**) ش: أي وصية سعد م: (**بالكل**) ش: أي بكل المال م: (**والنصف**) ش: أي ونصف المال . يدل هذا على عدم الجواز بأكثر من الثلث ، وإذا لم يكن له وارث تجوز الوصية بالكل ، وبه قال الحسن البصري وشريك القاضي وإسحاق بن راهويه ، وقال الشافعي ومالك وأحمد وابن شبرمة والأوزاعي والحسن بن حي وأبو سليمان وأصحاب الظاهر : ليس له أن يوصي بأكثر من الثلث .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الزائد على الثلث م: (**حق الورثة ، وهذا**) ش: توضيح لما قبله م: (**لأنه انعقد سبب الزوال إليهم**) ش: أي انعقد سبب زوال الملك عنه إلى الورثة ، لأن المرض

---

(١) قال الهيثمي في « المجمع »(٤/ ٢١٢) : إسناده حسن ، قلت : فيه عقيل بن مدرك وهو مجهول . وقال فيه الحافظ : مقبول .

وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به ، إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه وأظهره في حق الورثة ، لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزاً عما ينفق من الإيثار على ما نبينه . وقد جاء في الحديث : «الحيف في الوصية من أكبر الكبائر »

سبب الموت م: (**وهو استغناؤه عن المال**) ش: يعني أن الميت لما استغنى عن المال تعلق حق الورثة به ليعود نفعه إلى أقرب الناس منه ، وهو معنى قوله : م: (**فأوجب تعلق حقهم به**) ش: أي بالمال م: (**إلا أن الشرع**) ش: أي غير أن الشرع م: (**لم يظهره**) ش: أي لم يظهر الأستغناء م: (**في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه**) ش: أشار به إلى ما ذكره في وجه الاستحسان .

م: (**وأظهره**) ش: أي وأظهر الاستغناء م: (**في حق الورثة ، لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم**) ش: أي على الورثة م: (**تحرزاً**) ش: أي احترازاً م: (**عما ينفق من الإيثار**) ش: أي من إيثار الموصي بعض الورثة على البعض في الوصية لأنه حينئذ يتأذى البعض الآخر فيفضي ذلك إلى قطع الرحم وهو حرام بالنص م: (**على ما نبينه**) ش: إشارة إلى قوله عند قوله : «بعد هذا » ولا يجوز لوارثه ، ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض م: (**وقد جاء في الحديث : «الحيف في الوصية من أكبر الكبائر»**)

ش: قال الأترازي : ولنا في صحة هذا الحديث نظر ومع هذا يروى الحيف بالحاء المهملة المفتوحة وبالياء الساكنة يعني الجور . ويروى بالجيم والنون المفتوحتين يعني الميل ، ومنه قوله تعالى : ﴿ **فمن خاف من موص جنفًا أو إثمًا** ﴾ (البقرة : الآية ١٨٢) . وفي الحديث إنما يرد من جنف الظالم ما . . . انتهى .

قلت : ذكر الكاكي هذا الحديث وسكت عنه ، ولكن قال : روى الجيف بالجيم ، وكذلك الأكمل ذكره ، ولم أر أحدًا منهم حرر هذ الموضع ، والحديث لم يثبت ، ولهذا قال المخرج : هذا غريب ، يعني لم يثبت ، ثم أخرج عن الدارقطني من حديث ابن عباس عن النبي ﷺ قال : «**الإضرار في الوصية من الكبائر** » وأخرجه النسائي موقوفا . وأخرجه عن ابن عدي بلفظ : «الحيف في الوصية من الكبائر» [1] .

---

(٧٣) ضعيف مرفوع : رواه الدارقطني (٢/ ٤٨٨) في « الوصايا» ، عن عمر بن المغيرة عن داود بن أبي هند عن عكرمة عن ابن عباس . . . مرفوعاً . وقال العقيلي : لا يعرف أحد رفعه غير عمر بن المغيرة المصيصي . وأخرجه النسائي في « الوصايا» عن علي بن مسهر عن داود . . به موقوفاً . وكذلك رواه البيهقي (٦/ ٢٧١) في « الوصايا» وقال : هو الصحيح.ورفعه ضعيف .

قلت : وعمر بن المغيرة هذا تالف في الحديث . قال البخاري : منكر الحديث مجهول ، وكفاه .

وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث . قال : إلا أن يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار ؛ لأن الامتناع لحقهم وهم أسقطوه . ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته ، لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق ، يثبت عند الموت ، فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت ؛ لأنه بعد ثبوت الحق، فليس لهم أن يرجعوا عنه ؛ لأن الساقط متلاش . غاية الأمر أنه يستند عند الإجازة ، لكن الاستناد يظهر في حق القائم ، وهذا

م: (**وفسروه**) ش: أي فسروا الحديث م: (**بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث**) ش: يعني كون الحيف من الكبائر في هذين الشيئين .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**إلا أن يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار ؛ لأن الامتناع**) ش: استثناء من قوله : ولا يجوز بما زاد على الثلث ، أي إلا أن يجيز الوصية بأكثر من الثلث م: (**لحقهم**) ش: أي لحق الورثة م: (**وهم أسقطوه**) ش: أي الورثة أسقطوا حقهم عند الإجازة م: (**ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته**) ش: أي حياة الوصي م: (**لأنها**) ش: أي لأن الإجازة م: (**قبل ثبوت الحق ، إذ الحق يثبت عند الموت ، فكان لهم أن يردوه بعد وفاته**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور والحسن بن صالح وشريح وطاوس والحكم وأصحاب الظاهر ، وروي ذلك عن ابن مسعود ، قال ابن أبي ليلى والزهري وعطاء وحماد بن أبي سليمان وعبد الملك بن يعلى وربيعة : ليس لهم أن يرجعوا عن الإجازة سواء كان قبل الموت أو بعده .

م: (**بخلاف ما بعد الموت**) ش: أي بخلاف ما إذا كانت الإجازة بعد الموت حيث لا يكون لهم الرد م: (**لأنه**) ش: أي لأن الرجوع م: (**بعد ثبوت الحق فليس لهم**) ش: أي الرجوع والنسخة الصحيحة فليس لهم م: (**أن يرجعوا عنه ؛ لأن الساقط متلاش**) ش: قال الأترازي : قوله : لأن الساقط مثلاً متعلق بقوله فكان لهم أن يردوه . وقال الأكمل : هذا دليل قوله : فكان لهم أن يردوه بعد وفاته ، وتقديره لأن إجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها ، والساقط متلاش ، فإجازتهم مثلاً شبهة فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازه في حال حياة المورث .

م: (**غاية الأمر أنه يستند**) ش: هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير بأن يقال : كيف تكون إجازتهم في غير محله ، مع أن موت الورثة قد تعلق بماله من أول المرض على سبيل التوقف فلما مات ظهر م: (**عند الإجازة**) ش: صادفت محلها فكانت إجازتهم في حياته سبب الاستناد ، وكإجازتهم بعد موته بسبب الاستناد فأجاب بقوله غاية الأمر أنه يستند عند الاستغناء وفي نسخة شيخي العلاء -رحمه الله- عند الإجازة قول : يغني ويتلاشى .

م: (**لكن الاستناد يظهر في حق القائم**) ش: لا التساقط المتلاشي ، وهو معنى قوله : م:

قد مضى وتلاشى ، ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق . فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله ، والرضا ببطلان الحق لا يكون رضًا ببطلان الحقيقة ، وكذا إن كانت الوصية للوارث وأجازه البقية فحكمه ما ذكرناه ، وكلما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا . وعند الشافعي - رحمه الله-: من قبل الوارث ، والصحيح قولنا ؛ لأن السبب صدر من الموصي ،

(**وهذا قد مضى وتلاشى**) ش: فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة المورث .

م: (**ولأن الحقيقة**) ش: دليل آخر أن حقيقة الملك للوارث م: (**تثبت عند الموت**) ش: أي عند موت المورث م: (**وقبله**) ش: أي وقبل الموت م: (**يثبت مجرد الحق**) ش: أي مجرد حق الملك م: (**فلو استند**) ش: ملكه إلى أول المرض م: (**من كل وجه ينقلب**) ش: أي الحق م: (**حقيقة قبله**) ش: أي قبل الموت ، وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت .

وإنما قيد بقوله : من كل وجه دفعًا لوهم من يقول : حق الوارث يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى يمنع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين بالمرض ببطلان الحق ، هذا جواب عما يقال : الإجازة إسقاط من الوارث لحقه برضاه ، فصار كسائر الإسقاطات ، وفيها لا رجوع ، فكذا هذا .

وتقرير الجواب أن يقال أن : م: (**الرضا ببطلان الحق**) ش: بعد أن عرف أن ثمة حقًا وحقيقة م: (**لا يكون رضًا ببطلان الحقيقة**) ش: لأنه رضي ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة ، والرضا ببطلانها يستلزم وجودها ، ولا وجود لها قبل التثبت وهو مرض الموت .

م: (**وكذا إن كانت الوصية للوارث وأجازه البقية فحكمه ما ذكرناه**) ش: وهو أن لا يجوز إجازة الوارث قبل موت الموصي وتجوز بعده م: (**وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي**) ش: بكسر القاف وفتح الباء م: (**عندنا . وعند الشافعي- رحمه الله -: من قبل الوارث**) ش: ذكر هذا تفريعًا على مسألة القدوري، إيضاحه : إذا أوصى بجميع ماله ، فأجازت الورثة كان تمليكًا من الميت ، كذلك الوصية للوارث وعند الشافعي يكون هبة من الوارث إن بقيت وإلا بطلت، وبه قال أحمد في رواية، واختاره المزني، وبه قال بعض أصحابنا : مالك وأصحاب الظاهر، ولكن الصحيح من مذهب الشافعي وأحمد ومالك كقولنا، وهو قول جمهور العلماء .

وفي« مبسوط شيخ الإسلام» : ثمرة الخلاف تظهر في اشتراط القبول والقبض والتسليم من الوارث لملك المجاز له عندهم شرط كالهبة المبتدأة ، وعندنا ليس بشرط .

م: (**والصحيح قولنا ؛ لأن السبب صدر من الموصي**) ش: وهو أنه عقد على ملك نفسه مع

والإجازة رفع المانـع وليس من شرطه القـبض . فصار كـالمرتهن إذا أجاز بيع الـراهن . قال: ولا تجوز للقاتل عـامداً كان أو خاطئاً بعد أن كان مـباشراً . لقوله عليه الصـلاة والسلام: « لا وصية للقاتل» .

تعلق حق الغير ما إذا أسقط الغير حقه بعد العقد من جهته كما لو أوصى وعليه دين فأبرأه الغريم م: (**والإجازة رفع المانع**) ش: هذا جواب عن جعل الإجازة خارجًا عن الملك ، يعني أن الإجازة ليست بسبب للخروج عن الملك ، وإنما هو رفع المنافع عن ثبوت الملك ، والحكم يضـاف إلى السبب لا لإزالة المانع .

م: (**وليس من شرطه**) ش: أي من شرط إزالة المانع م: (**القبض**) ش: وهذا رد لكونها هبة كما قال الشافعي ، فكأنه يقول : لو كان هبة لكان القبض شرطًا وهو ممنوع م: (**فصار**) ش: ما نحن فيه م: (**كـالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن**) ش: في كـون السـبب صـدر من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله وإجازة المرتهن رفع المانع وكالمؤجر يبيع المستأجر فيجيره المستأجر .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا تجوز**) ش: الوصية م: (**للقاتل**) ش: وبه قال الشافعي في قول، وأحمد في رواية ، وهو قول الثوري أيضًا . وقال الشافعي في الأظهر ومالك وأبو ثور وأحمد في المنصوص : فيصح .

وقال الأترازي : وعن الشافعي ثلاثة أقوال : في قول : لا يصح ، وفي قول : فرق بين الوصية للخارج وبين الخارج بغد الوصية له ، فإنه مستعجل لحقه كالإرث كذا في «وجيزهم» م: (**عامداً كان أو خاطئًا**) ش: يعني سواء كان قتل القاتل عمدًا كان أو خطأ . وفي بعض النسخ : عامدًا أو خاطئًا ، وكذا في نسخة شيخي العلاء م: (**بعد أن كان مباشراً**) ش: إنما قيد بالمباشرة ، لأنه إذا لم يكن مباشرًا لا يتعلق به حرمان الميراث وبطلان الوصية كما في حافر البئر وواضع الجمر في غير ملكه م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقـول النبي ﷺ : م: (**ولا وصية للقاتل**)

ش: قـال الأترازي : ولنا مـا قـال مـحـمـد في الأصل: بلغنا عن علي -رضي الله تعـالى عنه- : أنه لم يجعل للقاتل ميراثًا ، وعن عمر مثله ، وعن علي في «الأسرار »وغيره أنه قال: لا وصـيـة لقـاتل، ولا مـخـالف له فـحل محل الإجـمـاع . وروي عن عـبـيـدة السلمـاني في كـتب التفاسير أنه قال : لم يورث قاتل بعد صاحب البقرة .

فـإن قلت : المصنف ذكـر الحديث مـرفوعًا فـما للأترازي ذكـره عن علي -رضي الله تعـالى عنه- موقوفًا .

ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث . وقال الشافعي -رحمه الله- : تجوز للقاتل ، وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا، وعنده: لا تبطل . والحجة عليه في الفصلين ما بيناه .

قلت : روى الدارقطني في «سننه» عن مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عتبة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي بن أبي طالب -رضي الله تعالى عنهم- قال : قال رسول الله ﷺ : « **ليس للقاتل وصية** »[1] . ثم قال الدارقطني : مبشر متروك يضع الحديث . وقال صاحب «التنقيح » : قال أحمد : مبشر بن عبيد أحاديثه موضوعة كذاب .

قلت : فكذلك اقتصر الأترازي على الموقوف .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن القاتل م: (**استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية**) ش: فيحرم على صيغة المجهول ، والوصية منصوب ، لأنه مفعول ثابت بقي على حاله ، فالأول : قام مقام الفاعل . وكذلك الميراث منصوب في قوله : م: (**كما يحرم الميراث**) ش: أي كما يحرم القاتل عن ميراث الذي قتله .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله -: تجوز**) ش: أي الوصية م: (**للقاتل**) ش: وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله- ذكرنا م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: المذكور بيننا وبين الشافعي م: (**إذا أوصى لرجل ثم إنه**) ش: أي إن الرجل الموصى له م: (**قتل الموصي تبطل الوصية عندنا ، وعنده**) ش: أي عند الشافعي م: (**لا تبطل والحجة عليه**) ش: أي على الشافعي م: (**في الفصلين**) ش: أي فيما كان القتل قبل الوصية أو بعدها .

م: (**ما بيناه**) ش: وفي بعض النسخ : ما قلناه ، وهكذا في نسخة شيخي العلاء -رحمه الله- أي من الحديث المذكور ، فإنه بإطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ، وما قاله عن المعقول الذي ذكره واعترفوا عليه بأنه صحيح إذا كان القتل بعد الوصية ، فأما إذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثمة .

وأجيب : يجعل الجارح مستعجلاً وإن تقدم جرحه على الوصية كما ذكر شيخ الإسلام أن المعتبر في كون الموصي له قاتلاً أو غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية ، فالنظر إلى وقت الموت كان الوقت مؤخراً عن الوصية . وقال الأكمل : واعترض نقض

---

(١) رواه الدارقطني (٢/ ٥٢٥) « الأقضية» عن مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عتبة عن عبدالرحمن بن أبي ليلى عن علي . . مرفوعاً وفيه مبشر بن عبيد وهو متروك منسوب إلى الوضع ، وكذبه أحمد ، وفيه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف .

ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -. وقال أبو يوسف - رحمه الله- : لا تجوز ؛ لأن جنات باقية والامتناع لأجلها . ولهما: أن الامتناع لحق الورثة ؛ لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ، ولأنهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم . قال : ولا تجوز لوارثه لقوله عليه الصلاة والسلام : «إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ؛ ألا لا وصية لوارث » ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض ، ففي تجويزه قطيعة الرحم .ولأنه

إجمالي بأن ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما أعتق المدبر إذا قتل مولاه أن التدبير وصية ، ولكن لا يصح للقاتل .

أجيب : بأن عتقه من حيث إن موته جعل شرطًا لعتقه ، وقد وجد ذلك . ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته ، لأن تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد ، فيرد من حيث المعنى بإيجاب السعاية .

م: (**ولو أجازتها الورثة**) ش: أي ولو أجاز الورثة الوصية للقاتل م: (**جاز عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - . وقال أبو يوسف- رحمه الله - : لا تجوز ، لأن جنايته باقية ، والامتناع**) ش: أي الامتناع من الجواز م: (**لأجلها**) ش: أي لأجل الجناية .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- : م: (**أن الامتناع لحق الورثة ؛ لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ، ولأنهم لا يرضونها**) ش: أي الوصية م: (**للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم**) ش: أي لأحد الورثة ، وهي الوصية لأحدهم إذا أجاز البقية نفذت . وكذا القاتل .

فإن قيل : ما الفرق بينهما وبين الميراث إذا جازت الوصية حيث صحت الوصية دون الميراث؟

أجيب : بأن الإجازات تصرف من العبد فيعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فيعمل بخلاف الميراث ، فإنه من جهة الشرع لا منع للعبد فيه فلا يعمل فيه فلا تصرف للعبد .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا تجوز لوارثه**) ش: أي لا تجوز الوصية من المورث لوارث م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**إن الله أعطى كل ذي حق حقه ، ألا لا وصية لوارث**) ش: هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة -رضي الله تعالى عنهم - منهم أبو أمامة الباهلي وقد ذكرناه في أوائل الكتاب .

م: (**ولأنه يتأذي البعض بإيثار البعض ، ففي تجويزه قطيعة الرحم ، ولأنه**) ش: أي باختيار

حيف بالحديث الذي رويناه ، ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ؛ لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ،وحكمه يثبت بعد الموت . والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية ؛ لأنها وصية حكماً حتى تنفذ من الثلث ، وإقرار المريض للوارث على عكسه ؛ لأنه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار .

البعض في الإيصاء له بشيء م: (**حيف**) ش: أي جور م: (**بالحديث الذي رويناه**) ش: وهو قوله فيما مضى عن قريب قد جاء في الحديث « **الحيف في الوصية من أكبر الكبائر** » م: (**ويعتبر كونه وارثًا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ؛ لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، وحكمه يثبت بعد الموت**) ش: وفائدته تظهر فيمن أوصى لأخيه ، ولا ابن له ، ثم ولد له ابن فمات الموصي تصح الوصية ، ومن أوصى لأخيه وله ابن ثم مات الابن فمات الموصي تبطل الوصية .

وفي «قاضي خان » : أوصى لثلاث إخوة متفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية لأنهم لا يرثون مع الابن ، وإن كان له بنت مكان الابن جازت الوصية لأخ لأب ولأخ لأم ، ولا تجوز لأخ لأب وأم لأنه يرث مع البنت ، وإن لم يكن له ابن ولا بنت الوصية كلها للأخ لأب ، لأنه لا يرثه وتبطل الوصية لأخ لأب وأم ، ولأخ لأم لأنهما يرثانه ، وكذا لو مات الابن والبنت .

م: (**والهبة من المريض للوارث في هذا**) ش: أي في هذا الحكم م: (**نظير الوصية**) ش: أي لأن الهبة والتذكير باعتبار الوصية م: (**لأنها وصية حكمًا**) ش: أي من حيث الحكم م: (**حتى تنفذ من الثلث**) ش: يعني كما أن في الوصية للوارث يعتبر كونه وارثًا وقت الموت فكذلك في هبة المرتهن مرض الموت للورثة يعتبر كونه وارثًا بعد الموت ، لأن هبته جعلت وصية من حيث الحكم بدليل أنها تنفذ من الثلث إذا كانت للأجنبي فالوصية للأجنبي فنفذ من الثلث ، فكانت الهبة تمليكًا مضافًا إلى بعد الموت .

م: (**وإقرار المريض للوارث على عكسه**) ش: أي على عكس الحكم في الهبة ، يعني يعتبر كونه وارثًا عند الإقرار لا عند الموت م: (**لأنه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار**) ش: لا وقت الموت ، و لهذا لو أقر في مرض الموت لأجنبي بدين يصح من جميع المال ، وذكر في «النهاية» أن اعتبار وقت الإقرار دون الموت ليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا كان كونه وارثًا بسبب حادث ، وأما إذا كان كونه وارثًا بسبب كان وقت الإقرار فيعتبر كونه وارثًا وقت الموت أيضًا ، ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فأعتق فمات الأب صح الإقرار ، لأن وراثته تثبت بسبب حادث وهو الإعتاق ،وقبله كان عبدًا أو كسب العبد لمولاه، فهذا إقرار في المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلا تبطل بصيرورة الابن وارثًا بسبب حادث . ولو أقر لأخيه وله

قال : إلا أن يجيزها الورثة . ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه . ولأن الامتناع لحقهم فتجوز بإجازتهم . ولو أجاز بعض، ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد . قال : ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم ،

ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثًا بطل إقراره عندنا لأنه لما كان وارثًا بسبب قائم وقت الإقرار تبين أن إقراره حصل لوارثه ، وذلك باطل ، انتهى .

وقال الأكمل -رحمه الله- : أرى أن إطلاق المصنف -رحمه الله- يغني عن ذلك التطويل وذلك لأنه قال : يعتبر إقرار المريض كونه وارثًا عند الإقرار ، والعبد ليس بوارث عند الإقرار لكونه محرومًا فلا يكون إقرارًا للوارث وكلامه منافيًا والأخ ليس بمحروم ، فيكون وارثًا عند الإقرار ، وإن كان محجوبًا والإقرار للوارث باطل .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (**إلا أن يجيزها الورثة**) ش: هذا استثناء من قوله : ولا تجوز الوصية لوارث إلا أن يجيزها الإيصاء للورثة ، فحينئذ يصح .

وقال المصنف : م: (**ويروى هذا الاستثناء**) ش: أي الاستثناء الذي ذكره القدوري م: (**فيما رويناه**) ش: أي في الحديث الذي رويناه ، وهو قوله ﷺ : « **إن الله أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث إلا أن يجيزها ..** » رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ هكذا . قال الكاكي : ورواه عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ هكذا ، أي رواه الدارقطني أيضًا هكذا عن عبد الله بن عباس -رضي الله تعالى عنهما- . وقال الأترازي : وفيه نظر ، وسكت ، ولم يبين وجه النظر ، فكأنه رأى في موضع أن هذا ضعيف فاقتصر على ما قاله .

قلت : لفظ الدارقطني أن النبي ﷺ قال : في خطبة يوم النحر : « لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة» ، وفي إسناده حبيب بن الشهيد، قال ابن عدي بعده : أرجو أن حبيب بن الشهيد مستقيم الرواية .

م: (**ولأن الامتناع لحقهم**) ش: أي امتناع الوصية لحق الورثة م: (**فتجوز بإجازتهم**) ش: لعدم المانع م: (**ولو أجاز بعض**) ش: أي بعض الورثة م: (**ورد بعض**) ش: أي لم يجز م: (**تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد**) ش: لعدم رضاه .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (**ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم**) ش: أراد بالكافر الذمي لا الحربي ، لأن الحربي لا يجوز له الوصية على ما يأتي .

فالأول لقوله تعالى ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين﴾ (الممتحنة:الآية ٨) .
والثاني : لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ، ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة ، فكذا بعد الممات. وفي« الجامع الصغير »: الوصية لأهل الحرب باطلة لقوله تعالى : ﴿ إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين ﴾ (الممتحنة:الآية ٩) . قال : وقبول الوصية بعد الموت فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو

م: (فالأول :) ش: هو وصية المسلم للكافر م: (لقوله تعالى : ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ﴾ م: (الممتحنة : الآية ٨) ش: لأنهم إذا لم يخرجوكم من دياركم ولم يؤذوكم فهذا برمنهم ، فالعدل معهم أن تبروهم أنتم أيضًا بحسن المعاشرة والصلة بالمال ، كذا في التفسير ، و الوصية لهم بالمال من العين ، فكانت جائزة .

وقال الفقيه أبو الليث -رحمه الله- في كتاب «نكت الوصايا»: وروي عن صفية بنت حيي زوجة رسول الله ﷺ أوصت بثلث مالها لأخيها وهو يهودي ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكروا عليها .

م: (والثاني :) ش: وهو وصية الكافر للمسلم م: (لأنهم) ش: أي أن أهل الذمة م: (بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ، ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة ، فكذا بعد الممات) ش: وهذا لا خلاف فيه لأهل العلم . وأما وصية المسلم لأهل الحرب فقد أشار إليه بقوله : م: (وفي« الجامع الصغير» : الوصية لأهل الحرب باطلة) ش: وبه قال بعض أصحاب الشافعي - رحمهم الله .

وقال مالك وأحمد وأكثر أصحاب الشافعي : يجوز م: (لقوله تعالى : ﴿ إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين ﴾ (الممتحنة : الآية ٩)) ش: ﴿ وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون ﴾ قالوا في «شرح الجامع الصغير»: ما يدل على الجواز . وذكر محمد في« السير الكبير» ما يدل على جواز الوصية لهم .

ووجه التوفيق بين الروايتين : أنه لا ينبغي أن يفعل ، وإن فعل ثبت الملك لهم لأنهم من أهل الملك ، وأما وصية الحربي بعدما دخل دارنا بأمان فإنها جائزة ، لأن له ولاية تمليك ماله في حياته ، فكذا بعد وفاته على أنه لا فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله ؛ لأن منع المسلم في ذلك منهي عما زاد على الثلث لحق ورثة المسلمين ، لأنه معصوم عن الإبطال ، وورثة الحربي ليس كذلك .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وقبول الوصية بعد الموت ، فإن قبلها الموصي له حال الحياة أو

ردها فذلك باطل ؛ لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به ، فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد . قال: ويستحب أن يوصي الإنسان دون الثلث ، سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ؛ لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم ، بخلاف استكمال الثلث ؛لأنه استيفاء تمام حقه ، فلا صلة ولا منة . ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها ؟ قالوا : إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى، لما فيه من الصدقة على القريب ، وقد قال عليه الصلاة والسلام: « أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ».

ردها فذلك باطل ؛ لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به ، فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد) ش: ألا ترى أنه لو قال لامرأته أنت طالق غداً على ألف فالقول والرد منها يعتبر بعد مجيء الغد.

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث ، سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء)** ش: ولا يعلم فيه خلاف لقوله ﷺ : « **لأن تدع ورثتك أغنياء ...**» الحديث .

وعن أبي بكر وعن عمر -رضي الله تعالى عنهما - أنهما قالا : لأن يوصى بالخمس أحب إلي من أن يوصى بالربع ، ولأن يوصى بالربع أحب إلى من أن يوصى بالثلث م: **(لأن في التنقيص)** ش: أي من الثلث م: **(صلة القريب بترك ماله عليهم ، بخلاف استكمال الثلث ؛ لأنه استيفاء تمام حقه ، فلا صلة ولا منة)** ش: لأن الموصي إذا استوفى تمام حقه الذي هو الثلث لا يبقى له منه على ورثته ، ولا إيثار بالصلة .

م: **(ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها؟ قالوا :)** ش: أي المشايخ م: **(إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى ، لما فيه من الصدقة على القريب ، وقد قال عليه الصلاة والسلام)** ش: أي قال النبي ﷺ : م: **(«أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح»)** ش: هذا الحديث رواه الإمام أحمد في «مسنده » عن أبي أيوب الأنصاري عن النبي ﷺ ولفظه: « **إن أفضل الصدقة....**»[1] .

---

(١) رواه أحمد في «المسند »(٥/ ٤١٦) عن الحجاج بن أرطاة عن الزهري عن حكيم بن بشير عن أبي أيوب . وإسناده ضعيف لضعف الحجاج . ورواه أيضاً عن سفيان بن حسين عن الزهري عن أيوب بن بشير عن حكيم بن حزام . . مرفوعاً ، وفيه سفيان بن حسين وهو ثقة فيما عدا الزهري . ورواه الحاكم (١/ ٤٠٦) «الزكاة » عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أمه أم كلثوم بنت عقبة . . مرفوعًا . ثم قال : حديث صحيح على شرط مسلم ، وقال الهيثمي في« المجمع» (٣/ ١١٦): رواه الطبراني في «الكبير» ورجاله رجال الصحيح . وهو كما قال -رحمهما الله .

ولأن فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعاً ، وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم ، فالوصية أولى ؛ لأنه يكون صدقة على الأجنبي ، والترك هبة من القريب ، والأولى أولى لأنه يبتغى بها وجه الله تعالى . وقيل في هذا الوجه : يخير الموصي لاشتمال كل منهما على فضيلة ، وهو الصدقة والصلة فيخير بين الخيرين .

ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتاب« الأموال» عن أبي هريرة : أن النبي ﷺ سئل أي الصدقة أفضل ؟ فقال : «الصدقة على ذي الرحم الكاشح » ، انتهى .

والكاشح الذي يخفي عدوانه في كشحه ، والكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع ، وإنما الصدقة عليه أفضل لما فيه من مخالفة النفس وقهرها . وكذلك في ذي الرحم الصديق .

ثم اعلم أن الأفضل أن يجعل وصية لأقاربه الذين لا يرثون إذا كانوا فقراء، وعليه أهل العلم . وقال ابن عبد البر : لا خلاف فيه بين العلماء . وعن طاوس والضحاك: تنتزع من الغير وترد إلى قرابته . وعن الحسن وجابر بن زيد : يعطى الثلث للغير ويرد الباقي إلى قرابته .

م: (**ولأن فيه**) ش: أي في ترك الوصية إذا كانت الورثة فقراء م: (**رعاية حق**) ش: النفس م: (**الفقراء والقرابة جميعًا ، وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم**) ش: من الإرث م: (**فالوصية أولى، لأنه يكون صدقة**) ش: أي لأن الإيصاء بالثلث حينئذ بمنزلة الصدقة م: (**على الأجنبي ؛ والترك**) ش: أي ترك الوصية بالثلث يكون م: (**هبة من القريب ، والأولى أولى**) ش: أي الصدقة على الأجنبي أفضل م: (**لأنه يبتغى بها وجه الله تعالى**) ش: لأنها صدقة في حياته .

م: (**وقيل في هذا الوجه:**) ش: وهو ما إذا كانت الورثة أغنياء يستغنون بنصيبهم م: (**يخير الموصي لاشتمال كل منهما**) ش: أي من الوصية والترك م: (**على فضيلة وهو**) ش: أي اشتمال الفضيلة م: (**الصدقة**) ش: في حق الأجنبي م: (**والصلة**) ش: في حق الورثة ، فإذا كان كذلك م: (**فيخير بين الخيرين**) ش: بكسر الخاء ، يعني بين الخيارين . وفي «شرح الطحاوي» الأفضل لمن كان له مال قليل أن لا يوصى بشيء إذا كانت له ورثة ، والأفضل لمن كان له مال كثير أن لا يجاوز الثلث فيما لا معصية فيه .

وفي «خلاصة الفتاوى » عن الإمام الفضلي : إذا كانت الورثة صغاراً فترك الوصية أفضل، قال : هكذا روي عن أبي يوسف -رحمه الله- . وإن كانوا بالغين إن كانوا فقراء ويستغنون بثلثي التركة فالوصية أفضل .

وقدر الاستغناء عن أبي حنيفة -رحمه الله- : إذا ترك لكل واحد من الورثة أربعة

قال : والموصى به يملك بالقبـول ، خلافاً لزفر - رحمه الله تعالى -، وهو أحـد قولي الشافعي - رحمـه الله -. هو يقول : الوصـية أخت الميراث ، إذ كـل منهما خـلافة لما أنه انتـقال .ثم الإرث يثبت من غير قبول ، فكذلك الوصية . ولنا : أن الوصية إثبات ملك جديد ، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليـه بالعيب ولا يملك أحد إثبات الملك لغـيره إلا بقبوله . أما الوراثة فـخلافة حتى تثبت فيها هذه الأحكام ، فثبت جبراً من الشرع من غير قبول .

آلاف. وفي الموضع الذي أراد أن يوصي ينبغي أن يبدأ بالقرابة ، فإن كانوا أغنياء فالجيران .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (**الموصى به يملك بالقبول**) ش: يملك على صيغة المجهول ، وبه قال جمهور العلماء : إذا كانوا بالغين يمكن القبول منه .

أما إذا كان لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصره كبني هاشم أو على مصلحة مسجد أو حج لم يفتقر إلى قبول ، ولزمت بمجرد الموت ، لأن الوصية لهم كالوقف عليهم م: (**خلافًا لزفر رحمه الله تعالى**) ش: فإن عنده لا يتوقف على القبول م: (**وهو**) ش: أي قول زفر م: (**أحد قولي الشافعي -رحمه الله-**) ش: وهو قول غير مشهور عنه .

م: (**هو**) ش: أي زفر -رحمه الله- م: (**يقول الوصـية أخت الميراث ، إذ كل منهمـا خلافة**) ش: أي لأن كل واحد من الوصية والميراث خلافة بعد الموت م: (**لما أنه انتقال**) ش: أي لما أن كل واحد من الإرث والوصية انتقال المال م: (**ثم الإرث يثبت من غيـر قبول**) ش: فـلا يرتد بالرد م: (**فكذلك الوصية**) .

م: (**ولنا : أن الوصية إثبات ملك جديد ، ولهـذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب**) ش: يعني لو أوصى بجميع ماله لإنسان ثم باع شيئًا من التركة ووجد المشتري به عيبًا لا يرده على الموصى له . ولو كـان ثبـوت الملك للمـوصى له بطريق الخـلافـة لثبـتت ولاية الرد في الصورتين جميعًا ، كما في الوارث م: (**ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله**) ش: ورضاه .

ألا ترى أنه لو أوصى بثلث تراب في داره ، فلو ملكه الموصى له من غير رضاه للحقه ضرر بفعل الموصي ، لأنه يلزمه نقله من بيته وهو لا يجوز ؛ وذلك لأن نفوذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضـرر ، فإنه لو أوصى له بعبد أعمى وجب عليه نفقة بلا منفعة تعود إليه ، وأمثال هذا كثيرة .

م: (**أما الوراثة فخلافة حتى تثبت فيها هذه الأحكام**) ش: أشار به إلى قـوله : ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد بالعيب م: (**فثبت**) ش: أي الخلافة في الميراث م: (**جبراً من الشرع من غير قبول**) ش: الوارث ، أي من غير اختيار منه شيئًا أو أبى ، وفي الوصية للموصى له الخيار

قال : إلا في مسألة واحدة وهي : أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول ، فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانًا ، والقياس : أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك موقوف على القبول . فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع . وجه الاستحسان : أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته ، وإنما توقفت لحق الموصى له ، فإذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة . قال : ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية ؛ لأن الدين مقدم على الوصية ؛ لأنه أهم الحاجتين ، فإنه فرض والوصية تبرع ، وأبدًا يبدأ بالأهم فالأهم ، إلا أن تبرأه الغرماء ، لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها .

، ولهذا يرتد بالرد ، ولما ارتدت بالرد وافقت على القبول كالبيع والهبة . ثم القبول على ضربين قبول بالصريح وقبول بالدليل ، فالصريح أن يقول بعد موت الموصي: قبلت ، والدليل أن يموت الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي، فيكون موته قبولاً لوصيته ، ويكون ذلك ميراثًا لورثته .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (**إلا في مسألة واحدة**) ش: هذا استثناء من قوله : «والموصى به يملك بالقبول» يعني في المسألة المستثناة يملك بدون القبول م: (**وهي أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول، فيدخل الموصي به في ملك ورثته استحسانًا ، والقياس : أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك**) ش: أي ملك الموصي م: (**موقوف على القبول**) ش: وقد فات القبول بالموت فبطلت الوصية م: (**فصار**) ش: حكم هذا م: (**كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع**) .

م: (**وجه الاستحسان : أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تمامًا لا يلحقه الفسخ من جهته ، وإنما توقفت لحق الموصى له ، فإذا مات دخل في ملكه**) ش: لأن موته بلا رد دليل القبول، نظيره م: (**كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة**) ش: فإن البيع يتم وتكون السلعة موروثة عن المشتري ، فكذا هنا يكون الوصية موروثة عن الموصى له .

م: (قال) ش: أي القدوري: م: (**ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية ؛ لأن الدين مقدم على الوصية ؛ لأنه أهم الحاجتين ، فإنه**) ش: أي فإن الدين م: (**فرض**) ش: أي أداؤه م: (**والوصية تبرع ، وأبدًا يبدأ بالأهم فالأهم ، إلا أن تبرئه الغرماء**) ش: أي أصحاب الديون م: (**لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية**) ش: حينئذ م: (**على الحد المشروع**) ش: وهو الوجه الذي ذكره ، وهو أن الورثة إما أن يكونوا فقراء أو أغنياء م: (**لحاجته إليها**) ش: أي لحاجة الموصي الميت إلى الوصية .

وقال الزمخشري : إنما قدم الوصية على الدين في قوله تعالى : ﴿ **من بعد وصية يوصى بها**

قال : ولا تصح وصية الصبي . وقال الشافعي - رحمه الله -: تصح إذا كان في وجوه الخير ؛ لأن عمر -رضي الله عنه- أجاز وصية يفاع أو يافع ، وهو الذي راهق الحلم .

أو دين ﴾ (النساء : الآية ١١) ، مع أن الدين مقدم شرعًا ، لما أن الوصية مشابهة للميراث في كونها مأخوذة من غير عوض ، فكان إخراجها مما يشق على الورثة ولا يطيب أنفسهم بها ، فكان أداؤها مظنة للتفريط . بخلاف الدين وإن نفوسهم مطمئنة إلى أدائه ، فكذلك قدمت على الدين بعثًا على المسارعة إلى إخراجها ووجوبها مع الدين، وكذلك جنى بكلمة أو لتسوية بينهما في الوجوب .

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(ولا تصح وصية الصبي)** ش: سواء مات قبل الإدراك أو بعده وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قوله : وأصحاب الظواهر ، وهو قول ابن عباس والحسن ومجاهد -رحمهم الله .

م: **(وقال الشافعي - رحمه الله - : تصح)** ش: أي وصية الصبي م: **(إذا كان في وجوه الخير)** ش: وبه قال مالك وأحمد وهو قول الشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز وشريح وعطاء والزهري وإياس وعبد الله بن عيينة . وقال ابن الجلاب البصري المالكي في كتاب «التفريع» : وصية الصبي المميز جائزة ، وقال الغزالي في «وجيزه» : ولا تصح الوصية من المجنون والصبي الذي لا يميز ، وفي الصبي المميز قولان .

م: **(لأن عمر - رضي الله عنه - أجاز وصية يفاع أو يافع ، وهو الذي راهق الحلم)** ش: روى مالك في« الموطأ» عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أنه قيل لعمر بن الخطاب - رضي الله عنه - : إن ها هنا غلامًا يفاعًا لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال ، وليس له ها هنا إلا ابنة عم له فقال عمر - رضي الله عنه - : فليوص لها ، فأوصى لها بماء يقال له : بئر جشم، قال عمر - رضي الله عنه - : فبيعت بثلاثين ألف درهم . وابنة عمه هي : أم عمرو بن سليم .

ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» أخبر سفيان الثوري عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم : أن عمرو بن سليم الغساني، أوصى وهو ابن عشر أو ثنتي عشرة ببئر له قومت بثلاثين ألفًا فأجاز عمر - رضي الله عنه - وصيته . وقال البيهقي : عمرو بن سليم لم يدرك عمر - رضي الله عنه - ، إلا أنه منتسب لصاحب القصة .

قوله : «يفاع » بفتح الياء آخر الحروف وبالفاء المخففة وبعد الألف عين مهملة . وفي «الجمهرة» : غلام يفع ويافع ويفعه وقد أيفع يوفع إيفاعًا إذا تحرك وشب . والجمع أيفاع ، ويفاع

ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى . ولو لم تنفذ يبقى على غيره . ولنا : أنه تبرع ، والصبي ليس من أهله ، ولأن قوله غير ملزم ، وفي تصحيح وصيته قول بإلزام قوله ، والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازاً ، أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ، وذلك جائز عندنا ، وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه .

قطعة من الجبل والعلة إيفاء فوقع عما حولها . وقال الكاكي : غلام يفاع بمعنى يافع ، وجمعه يفعان ، ولا يقال : صبي ولا يوفع ، وهو من النوادر .

قلت: ذكر في كتاب « خلق الإنسان » عن أبي عبيد : قال بعضهم : الحرور واليافع والمترعرع واحد . وإذا لم يبلغ الصبي الحلم قيل : غلام يافع وجمعه أيفاع . وقال أبو عبيد : قال الكسائي : وهو على غير قياس ، والقياس أن يقال: يوفع ، ويقال : غلام يفعه .

م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن إيصاء الصبي م: **(نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى)** ش: أي القرب إلى الله تعالى والدرجة العليا م: **(ولو لم تنفذ)** ش: إيصاؤه م: **(يبقى)** ش: ماله م: **(على غيره)** ش: أي على غير الصبي ، ولو نفذت يبقى ماله على نفسه حيث يكون له الثواب بالوصية بماله فكانت الوصية أولى .

م: **(ولنا : أنه)** ش: أي أن إيصاؤه م: **(تبرع ، والصبي ليس من أهله)** ش: أي من أهل التبرع ، ولهذا لا يملك التبرع بماله في حال الحياة بالإجماع بالهبة أو الصدقة ، فكذلك لا يملكه بطريق الوصية أيضًا قياسًا على الإعتاق .

م: **(ولأن قوله غير ملزم . وفي تصحيح وصيته قول بإلزام قوله)** ش: لأن الوصية لازمة بعد الموت م: **(والأثر)** ش: أي الأثر الذي روى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - م: **(محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازاً)** ش: أي : من حيث المجاز ، يعني : كان بالغًا لم يمض على بلوغه زمان كثير مثله يسمى بالغًا مجازًا تسمية للشيء باسم ما كان عليه م: **(أو كانت وصيته)** ش: جواب ثان عن الأثر المذكور ، أي : أو كانت وصية يفاع المذكور م: **(في تجهيزه وأمر دفنه ، وذلك جائز عندنا ، وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته)** ش: هذا جواب عن قوله : ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى م: **(كما بيناه)** ش: أي عن قريب من قوله : وإن كانت الورثة فقراء . . . إلى آخره .

وقال الأترازي : وفي الجواب عن حديث عمر - رضي الله عنه - تخبيط جواب المشايخ ، وبيَّن ذلك بالجوابين اللذين ذكرهما المصنف - رحمه الله - ، ثم قال : وفيهما نظر عندي؛ لأنه صرح الراوي بأنه أوصى لابنة عم له بمال ، فكيف يسمي ذلك وصيته تجهيز نفسه . وكيف

والمعتبر في النفع والضرر النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فإنه لا يملكه ولا وصية . وإن كان يتفق نافعاً في بعض الأحوال .

يقال: يحتمل أنه كان أدرك ، لكن سمي غلامًا مجازًا لأنه صح في رواية الحديث : أنه كان غلامًا محتلم، انتهى .

قلت: نسبة التخبيط في هذا إلى نفس الأمر إلى المصنف ، لأن الوجهين المذكورين هو الذي ذكرهما . وأجاب الأكمل عنه بقوله : بأن قوله : «كان غلامًا محتلم»، يعني اليافع حقيقة ، فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه . وقوله : «أنه أوصى لابنة عم له بماله » لا ينافي أن يكون فيما يتعلق بتجهيزه ودفنه ، انتهى .

وقال الأترازي - رحمه الله - : الجواب الصحيح - وطول فيه - ، وملخصه : أن من أدرك عصر الصحابة من التابعين كسعيد بن المسيب والحسن والشعبي والنخعي يعتد بخلافه في إجماع الصحابة حتى لا يتم إجماعهم مع خلافه ، ثم روى أصحابنا في كتبهم عن الشعبي والنخعي والحسن أنهم قالوا : لا تجوز وصية المراهق، فبطل الاحتجاج بالإجماع ، لأنه لا إجماع للصحابة مع خلافهم ، فبقي تعليل الصحابي ، وهو ليس بواجب عند الخصم فكيف يحتج به على غيره ، انتهى. والجواب الصحيح ما قاله الطحاوي ، والاحتجاج بهذا الأثر لا يصح من الشافعي لأنه مرسل، لأن رواية عمرو بن سليم وهو ممن لم يلق عمر - رضي الله عنه- ، وأبلغ من هذا ما قاله ابن حزم أن هذا الأثر لم يصح عن عمر - رضي الله عنه - وخالفه ابن عباس - رضي الله عنهما- ، وهو أيضًا مخالف لقوله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى ﴾ الآية، فإنها تدل على أن الصبي ممنوع من ماله . وفي «المبسوط» : والمرسل وإن كان مقبولاً عندنا لكنه خالف عموم قوله ﷺ : « **رفع القلم عن ثلاث ...** » الحديث ، قال الأكمل : وفيه نظر ؛ لأن المراد بالقلم التكليف ، وما نحن فيه فليس منه، فليتأمل .

م: (**والمعتبر في النفع والضرر**) ش: هذا تنزل في الجواب كأنه يقول : سلمنا أن الوصية يحصل الثواب دون تركها ، لكن المعتبر به في النفع والضرر م: (**النظر إلى أوضاع التصرفات**) ش: يعني يعتبر في التصرفات أصل الوضع لا الأحوال، والوصية في أصل الوضع مزيل للملك وقد يقع النفع فيها في بعض الأحوال، وقد لا يكون فيه نفع كأن أوصى لفاسق ينفق ذلك المال في الفسق، وهذا إعانة على المعصية لا ينبغي في نيل الزلفى م: (**لا إلى ما ينفق بحكم الحال**) ش: يعني لا النظر إلى ما يتفق بحكم الحال من العوارض اللاحقة م: (**اعتبره**) ش: أي اعتبر ما ذكرنا م: (**بالطلاق ؛ فإنه**) ش: أي فإن الصبي م: (**لا يملكه**) ش: أي لا يملك طلاقه وإن طلق م: (**ولا وصية . وإن كان يتفق نافعًا في بعض الأحوال**) ش: أي : ولا يملك وصيته أيضًا وإن نصب مانعًا

وكـذا إذا أوصى ثم مات بعـد الإدراك لعدم الأهليـة وقت المباشـرة . وكذا إذا قـال : إذا أدركت فثلث مـالي لفلان، وصيـة لقصور أهليـتـه ، فلا يملكه تنجـيزاً وتعليقـاً كما في الطلاق والعـتاق . بخلاف العـبد والمكاتب ؛ لأن أهليـتهمـا مسـتـمـة ، والمانع حق المولى فتصـح إضافتـه إلى حال سقوطـه . قال : ولا تصح وصية الكاتب وإن ترك وفـاء ؛ لأن ماله لا يقبل التبـرع . وقيل : على قول أبي حنيـفة- رحمـه الله - لا تصح ، وعندهما: تصح رداً لها إلى مـكاتب يقول : كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر ثم عتق فملك ، والخلاف فيها معروف عرف في موضعه .

في بعض الأحوال بأن يطلق امرأة معسرة شرعًا ويتزوج بأختها الموسرة الحسنى ، أو يطلقها بأن كـانت زانيـة سليطة ويتـزوج بالصـالحـة ، لأن ذلك من العـوارض والوصـيـة في الأصل تبـرع ، والصبي ليس من أهله .

م: (**وكــذا إذا أوصى**) ش: أي الصبي بوصيـة م: (**ثم مـات بعد الإدراك لعـدم الأهليـة وقت المباشرة**) ش: أي وقت مباشرة الوصية م: (**وكذا إذا قال : إذا أدركت فثلث مالي لفلان وصية**) ش: لا يجوز م: (**لقصـور أهليتـه ، فلا يملكه**) ش: أي الإيصـاء م: (**تنجيزاً وتـعليقًا**) ش: أي : من حيـث التَنجيز كـمـا في الوجه الأول، ومن حيث التـعليق كـمـا في الوجه الثـاني م: (**كـمـا في الطلاق والعتاق**) ش: حيث لا يملكهما تنجيزاً ولا تعليقًا .

م: (**بخلاف العـبد والمكاتب**) ش: يعني : إذا قـال العبد أو المكـاتب : إذا أعتقت فثلث مـالي وصية يصح م: (**لأن أهليتهما مـستتمة**) ش: أي تامة م: (**والمانع حق المولى فـتـصح إضافتـه إلى حال سقوطه**) ش: أي سقوط المانع .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ولا تصح وصية الكاتب وإن ترك وفاء ؛ لأن ماله لا يقبل التبرع**) ش: ولهذا لا يصح عتقه وهبته م: (**وقيل : على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : لا تصح ، وعندهما : تصح رداً لها**) ش: أي : قياسًا لهذه المسألة م: (**إلى مكاتب يقول : كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر ثم عتق فـملك ، والخلاف فيهـا معروف عرف في مـوضعه**) ش: أي : من بـاب الحنث في تملك المكاتب والمأذون في أيمان «الجامع الكبير » وما عرف ثمة هو أن المكاتب إذا قال : كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر فعتق فملك لم يعتق عند أبي حنيفة ، وعتق عندهما .

لهـمـا : أن ذكـر الملك إلى ملك الظاهر للإعتـاق، وهو مـا بعـد الحرية ، ولأبي حنيفـة أن للمكاتب وعين من الملك أحدهمـا إلى ظاهر ، وهو مـا قبل العتاق، والثاني : غير ظاهر وهو ما بعد العتاق فيضرب اليمين الظاهر دون غيرَ الظاهر .

قال : وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية . أما الأول فلأن الوصية استخلاف من وجه ؛ لأنه يجعله خليفة في بعض ماله ، والجنين صلح خليفة في الإرث ، فكذا في الوصية إذ هي أخته ، إلا أنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك . بخلاف الهبة لأنها تمليك محض ولا ولاية لأحد عليه ليملكه شيئاً . وأما الثاني : فلأنه بعرض الوجود إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية ، وبابها

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وتجوز الوصية للحمل**) ش: مثل أن يقول: أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة م: (**وبالحمل**) ش: كما إذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى م: (**إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية**) ش: أراد أنه إذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له أو به ، ومعرفة ذلك بأن جاءت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الأسبيجابي في« شرح الكافي» من وقت موت الموصي على ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث - رحمة الله عليهم - ، واختاره «صاحب النهاية» .

م: (**أما الأول**) ش: وهو الوصية للحمل م: (**فلأن الوصية استخلاف من وجه**) ش: دون وجه م: (**لأنه يجعله خليفة في بعض ماله**) ش: بعد موته إلا أنه يملكه في الحال م: (**والجنين صلح خليفة في الإرث ، فكذا في الوصية إذ هي أخته**) ش: أي لأن الوصية أخت الإرث إلا أنه جواب عما يقال : لو كانا أختين لما جاز ردها كما لم يجز رده ، وتقرير الجواب هو قوله : م: (**إلا أنه**) ش: أي أن فعل عقد الوصية أو الإيصاء م: (**يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك**) ش: دون الميراث تقدم ذلك فيه .

م: (**بخلاف الهبة**) ش: متصل بقوله : وتجوز الوصية بالحمل، يعني : أن الهبة بالحمل لا تصح م: (**لأنها**) ش: أي لأن الهبة م: (**تمليك محض**) ش: والجنين ليس بصالح لذلك م: (**ولا ولاية لأحد عليه**) ش: أي على الجنين م: (**ليملكه شيئًا**) ش: لأنه لا حاجة له قبل الانفصال .

م: (**وأما الثاني**) ش: وهو الوصية به م: (**فلأنه**) ش: أي الحمل م: (**بعرض الوجود**) ش: أي بعرضية الوجود م: (**إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية**) ش: فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت ، وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة ، ولقائل أن يقول : في كلام المصنف تناقض ظاهر ، لأنه لا يعلم وجود شيء إلا بعد أن يصير موجودًا، وإذا كان موجودًا ، لا يكون بعرض الوجود .

والجواب : أن معنى قوله «بعرض الوجود» : بعرض وجود يصلح الورود القبض عليه ، ومعنى قوله : إذا علم وجوده حقيقة ، وكونه في بطن الأم فاندفع التناقض م: (**وبابها**) ش: أي

أوسع لحاجة الميت وعجزه ، ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة ، فلأن تصح في الموجود أولى. قال : ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء ؛ لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً ، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها . ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه ، وهذا هو الأصل : أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه منه ، إذ لا فرق بينهما ، وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر في البيوع .

باب الوصية م: (**أوسع لحاجة الميت وعجزه ، ولهذا**) ش: أي ولأجل ذلك م: (**تصح**) ش: أي الوصية م: (**في غير الموجود كالثمرة ، فلأن تصح في الموجود أولى**) ش: إيضاح ذلك فيما قاله الكرخي في «مختصره» في رجل أوصى له بثمرة بستان وهو يخرج من الثلث ثم مات ، فإن أبا حنيفة قال في ذلك : إن كان فيه ثمرة فليس له إلا تلك الثمرة ، وإن لم يكن فيه ثمرة [. . .] ثمرته أبدًا من الثلث .

وإن أوصى بغلته فله غلته أبدًا من الثلث ، لأن الغلة على الأبد والثمرة على القائمة بعينها ليس له غيرها . وإن كان البستان ليس له مال غيره وأوصى بغلته لرجل أبدًا وفيه ثمرة أو ليس له فيه ثمرة فهو سواء ، له ثلث الثمرة التي فيه ، وثلث ما يستقبل من ثمره .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء**) ش: يعني تكون الجارية للموصى له بها ، ويكون الحمل للورثة م: (**لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً**) ش: أي من حيث اللفظ ، ومن حيث اللغة ، لأنه لا يفهم منها فإذا كان كذلك صح إقرار الأم بالإيصاء باستثناء الحمل م: (**ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً**) ش: هذا جواب عما يقال : لا نسلم أن اسم الجارية لا يتناول الحمل ، فإنه لو لم يبين استحقه للوصي له . ولو لم يتناول لما استحقه كغيره من أمواله . وتقرير الجواب بأنه يستحق الحمل بالإطلاق ، يعني لم يتناول بالعموم ، بل يستحق إذا أطلق الموصي عن قيد الإفراد .

م: (**فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها**) ش: يعني إذا أفرد الأم لم يبق مطلقاً بل تقيدت الأم بالإفراد فصحت الوصية بها لا مفردة م: (**ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه ، وهذا هو الأصل : أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه منه**) ش: ولهذا لو قال : لفلان علي ألف درهم إلا قفير حنطة صح الاستثناء وإن كان صدر الكلام لا يتناولها م: (**إذ لا فرق بينهما**) ش: أي بين صحة إفراد العقد عليه ، وبين الاستثناء ، لأن كل واحد منهما يتعلق بكونه معلوماً م: (**وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه**) ش: كما في شراء جارية وإلا حملها م: (**وقد مر في البيوع**) ش: أي في باب البيع الفاسد .

قال : ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية ، لأنه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة ، وقد حققناه في كتاب الهبة . ولأن القبول يتوقف على الموت ، والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع . قال : وإذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (**ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية ؛ لأنه**) ش: أي لأن الوصية على تأويل الإيصاء . وفي بعض النسخ : لأنها ، فلا يحتاج إلى التأويل م: (**تبرع لم يتم**) ش: لأنه مضاف إلى ما بعد الموت ، والتبرع النافذ وهو الهبة يحتمل الرجوع ، فالمضاف أولى واجتمع أهل العلم على جواز الرجوع للموصي في جميع ما أوصى كله أو بضعه م: (**فجاز الرجوع عنه كالهبة ، وقد حققناه في كتاب الهبة**) ش: أي قد حققنا هذا في كتاب الهبة ، إلا أن الكلام في الإعتاق إذا أوصى به فالأكثرون على جواز الرجوع في الوصية ، وهو قول الأئمة الأربعة وعطاء وجابر بن زيد والزهري وقتادة وإسحاق وأبي ثور . وروي عن عمر -رضي الله عنه- أنه قال : يعين الرجل ما شاء من وصيته ، ولم يعلم له مخالف حل الإجماع . وعن الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي : يعين منها ما شاء إلا العتق .

م: (**ولأن القبول**) ش: في الوصية م: (**يتوقف على الموت**) ش: أي موت الموصي م: (**والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع**) ش: فإنه يجوز فيه رجوع البائع قبل قبول المشتري .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا صرح بالرجوع**) ش: بأن قال : رجعت من وصيتي لفلان م: (**أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً**)

ش: وفي «الذخيرة» : الرجوع ثلاثة أنواع : أحدهما استهلاك الموصي به حقيقة أو حكماً كما أوصى بثوب فقطعه وخاطه قميصًا أو بقطن فغزله ونسجه ، أو بحديدة فصنعها سيفاً فهذه التصرفات ، استهلاك حكماً ، ألا ترى أن حق المغصوب منه ينقطع بهذه التصرفات ونوع من ذلك أن يخلطه بغيره خلطًا ، أي لا يمكن التمييز أصلاً كالسويق إذا لته بسمن ونوع من ذلك أن يحدث نقصاناً فيه حتى خرج عن هيئة الادخار والبقاء إلى يوم الموت بأن كان شاة فذبحها .

وأما الرجوع ضرورة بأن يتغير الموصى به ويتميز اسمه ، لأنه لا يبقى بهذا موصى به بذلك إلى يوم الموت ، كما لو أوصى بحنطة فهبت الريح في طاحونة فصارت دقيقاً قبل موت الموصي بطلب الوصية أو أوصى بالكفوى في نخلة فصارت رطباً ، أو أوصى بعنب فصار زبيباً ، أو أوصى ببيض فحضنت دجاجة عليها فأخرجت فراريج بطلت الوصية .

ولو كان التغير في هذه المسألة بعد موت الموصي قبل قبول الوصية أو بعده لا تبطل الوصية ، لأن التغير حصل بعد تمام الوصية فلا يوجب بطلانها .

أما الصريح فظاهر ، وكذا الدلالة لأنها تعمل عمل الصريح ، فقام مقام قوله قد أبطلت ، وصار كالبيع بشرط الخيار ، فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة . ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك ، فإذا فعله الموصي كان رجوعاً وقد عددنا هذه الأفاعيل في كتاب الغصب ، وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله ، مثل السويق يلته بالسمن ، والدار يبني فيه الموصي ، والقطن يحشو به ، والبطانة يبطن بها ، والظهارة يظهر بها؛ لأنه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكنه نقضها ؛لأنه حصل في ملك الموصي من جهته ، بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها ؛

م: (أما الصريح فظاهر ، وكذا الدلالة) ش: أي وكذا الرجوع بالدلالة م: (لانها تعمل عمل الصريح ، فقام مقام قوله : قد أبطلت ، وصار كالبيع بشرط الخيار) ش: للمشتري ، فانه إذا فعل فعلاً مما يدل على إبطال خياره تبطل .

م: (فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة) ش: كما يبطل بالصريح م: (ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك) ش: نحو قطع الثوب وخياطته بعد قصه ، فإنه يضمن قيمته وينقطع حق المالك عنه م: (فإذا فعله الموصي) ش: أي فإن فعل هذا الفعل الذي ينقطع به حق المالك م: (كان) ش: فعله هذا م: (رجوعاً) ش: عن الوصية .

م: (وقد عددنا هذه الأفاعيل في كتاب الغصب) ش: الأفاعيل جمع فعل على غير القياس . وكأنه جمع أفعولة كأنه كالأباطيل جمع باطل . وفي الحقيقة كأنه جمع أبطولة .

م: (وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به) ش: بحيث لا يمكن تمييزها م: (ولا يمكن تسليم العين إلا بها) ش: أي إلا بتلك الزيادة م: (فهو رجوع) ش: عن الوصية م: (إذا فعله) ش: أي إذا فعل ذلك الفعل ثم ذكر لها صور بقوله م: (مثل السويق يلته بالسمن) ش: أي يخلطه .

م: (والدار) ش: أي ومثل الدار الموصى به م: (يبني فيه الموصي ، والقطن يحشو به) ش: أي مثل قطن الموصي به يحشو به جبة ونحوها م: (والبطانة) ش: أي ومثل البطانة الموصى بها م: (يبطن بها، والظهارة) ش: أي ومثل الظهارة الموصى بها م: (يظهر بها) ش: أي يجعلها تحت الظهارة م: (لأنه لا يمكنه) ش: أي لا يمكن م: (تسليمه) ش: أي تسليم شيء من هذه الأشياء .

م: (بدون الزيادة) ش: وهو ظاهر م: (ولا يمكنه نقضها) ش: أي ولا يمكن نقضي هذه الأشياء م: (لأنه حصل في ملك الموصي) ش: وتصرف في ملكه م: (من جهته) ش: لا من جهة غيره .

م: (بخلاف تجصيص الدار الموصى بها) ش: أي تبيضها بالجص م: (وهدم بنائها) ش: حيث

لأنه تصرف في التابع ، وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع . كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه ؛ لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه ، فإذا أزاله كان رجوعاً ، وذبح الشاة الموصى بها رجوع ؛ لأنه للصرف إلى حاجته عادة ، فصار هذا المعنى أصلاً أيضاً . وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً ؛ لأن من أراد أن يعطي ثوبه غيره يغسله عادة ، فكان تقريراً . قال : وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً . كذا ذكره محمد - رحمه الله -. وقال: أبو يوسف- رحمه الله -: يكون رجوعاً ؛ لأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال ، فأولى أن يكون رجوعاً . ولمحمد - رحمه الله - أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك. وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً ،

لا يكون رجوعاً عندنا ، وعند الأئمة الثلاثة يكون رجوعاً ، لأنه تصرف أوجب بغير الموصى به ، ودليلنا هو قوله : م: (**لأنه تصرف في التابع**) ش: وهو البناء والتصرف في التابع لا يدل على إسقاط الحق على الأصل في التجصيص ، لأنه بناء ، والبناء تبع .

وكذا لو غسل الثوب الموصي به م: (**وكل التصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع**) ش: عن الوصية . م: (**كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه**) ش: أي فيما وهبه ، لأن البيع والهبة أوجبا زوال ملكه ، فمحال أن تبقى الوصية معه م: (**لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه ، فإذا أزاله كان رجوعاً ، وذبح الشاة الموصى بها رجوع ؛ لأنه**) ش: أي لأن ذبحه م: (**للصرف إلى حاجته عادة ، فصار هذا المعنى أصلاً أيضاً**) ش: أراد بهذا المعنى هو التصرف لحاجته .

م: (**وغسل الثوب الموصي به لا يكون رجوعاً ؛ لأن من أراد أن يعطي ثوبه غيره يغسله عادة ، فكان تقريراً**) ش: أي فكان تقريراً ، أي فكان غسل الثوب الموصى به تقريراً للوصية . وفي وجه للشافعية يكون رجوعاً ، وهذا هو الأقرب ، لأن التعليل المذكور ضعيف، لأن من أراد أن يوصي ثوباً جديداً ويعطي الآخر ثوباً جديداً لا يغسله عادة على ما لا يخفى .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً ، كذا ذكره محمد- رحمه الله - . وقال أبو يوسف -رحمه الله -: يكون رجوعاً ؛ لأن الرجوع نفي في الحال**) ش: أي نفي للوصية في الحال.

م: (**والجحود نفي في الماضي والحال ، فأولى أن يكون رجوعاً . ولمحمد -رحمه الله-: أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك**) ش: يعني أن الجحود لما كان نفياً في الماضي والانتفاء في الحال ضروري ، فيكون النفي في الماضي تضمنًا للانتفاء في الحال ضرورة م: (**وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً**) ش: لكونه كاذباً جحوده أن الفرض أنه أوصى ثم جحد وكان النفي في الماضي باطلاً ، فيبطل ما هو من ضرورة وهو الانتفاء في الحال . فكان الجحود لغواً .

أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال ، والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة . ولو قال:كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربًا لا يكون رجوعاً . لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل . بخلاف ما إذا قال : فهي باطلة. لأنه الذاهب المتلاشي ولو قال: أخرتها لا يكون رجوعاً ؛ لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين .

واعلم أن القدوري لم يذكر الخلاف في «مختصره» في هذا المسألة ولم يذكر خلاف محمد أيضاً في كتبه ، ولكن جعل الجحود رجوعًا في كتاب الوصايا ولم يجعله رجوعاً في« الجامع الكبير » ، فمن هذا اختلف المشايخ فيه ، فمنهم من قال: في المسألة روايتان ، ومنهم من قال : ما ذكره في «الجامع »جواب القياس .

وما ذكره في كتاب الوصايا جواب الاستحسان ، كذا ذكر الشيخ أبو المعين النسفي في «شرح الجامع الكبير» .

م: (**أو لأن الرجوع**) ش: دليل آخر ،أي ولأن الرجوع عن الوصية م: (**إثبات في الماضي**) ش: أي إثبات الوصية في الماضي م: (**ونفي في الحال**) ش: أي نفي للوصية في الحال م: (**والجحود نفي في الماضي والحال جميعاً فلا يكون رجوعاً حقيقة**) ش: للمنافاة بين الإثبات والنفي م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل كون الجحود نفياً في الماضي والحال.

م: (**لا يكون جحود النكاح فرقة**) ش: أي طلاقاً ، لأن الطلاق يعني في الحال دون الماضي . وقال الأكمل : لا يكون جحود النكاح فرقة يعني مستعاراً للطلاق ، لأن الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي ، والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر .

م: (**ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعاً**) ش: هذه المسألة مع ما بعدها إلى الباب من مسائل «الجامع الكبير» لا مسألة تأخير الوصية م: (**لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل**) ش: يعني وصف الوصية بأنها حرام اقتضى ربا يقتضي كون أصل الوصية باقياً، لأنه لا وجود للصفة بدون قيامها بالموصوف ، فلما اقتضى الوصف بقاء الأصل لم يكن الوصف بالحرمة أو الربا دليل الرجوع .

م: (**بخلاف ما إذا قال: فهي باطلة**) ش: بأن قال : كل وصية أوصيت بها لفلان فهي باطلة دليل الرجوع م: (**لأنه الذاهب المتلاشي . ولو قال : أخرتها لا يكون رجوعًا**) ش: أي ولو قال: كل وصية أوصيت بها أخرتها لا يكون رجوعاً عن الوصية م: (**لأن التأخير ليس للسقوط**) ش: يعني لا يدل على السقوط م: (**كتأخير الدين**) ش: فإنه لا يسقط به .

بخلاف ما إذا قال : تركت ؛ لأنه إسقاط . ولو قال : العبد الذي أوصيت به لفلان ، فهو لفلان كان رجوعاً ؛ لأن اللفظ يدل على قطع الشركة . بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر ؛ لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها . وكذا إذا قال : فهو لفلان وارثي يكون رجوعاً عن الأول لما بينا . ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه . ولو كان فلان الآخر ميتًا حين أوصى فالوصية الأولى على حالها ؛ لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني ، ولم تتحقق فبقي للأول . ولو كان فلان حين قال ذلك حياً ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع ، والثانية بالموت ، والله أعلم بالصواب .

م: (**بخلاف ما إذا قال : تركت**) ش: بأن قال: كل وصية أوصيت بها تركت م: (**لأنه**) ش: أي لأن الترك م: (**إسقاط**) ش: ألا ترى أنك لو قلت لرجل لك عليه دين: تركت عليك ديني كان تركاً م: (**ولو قال: العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان ، كانت رجوعاً ؛ لأن اللفظ يدل على قطع الشركة**) ش: قيل لأنه لم يذكر بينها حرف الاشتراك ، وإنما جعل تلك الوصية بعينها لغيره

م: (**بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ، ثم أوصى به لآخر**) ش: بأن قال : أوصيت بهذا العبد لهذا الرجل . ثم قال : أوصيت به لهذا الرجل ولرجل آخر لا يكون رجوعاً م: (**لأن المحل يحتمل الشركة ، واللفظ صالح لها**) ش: لأنه يجوز أن يجتمع حقان في عبد واحد .

م: (**وكذا إذا قال: فهو لفلان وارثي**) ش: بأن قال : كل وصية أوصيت بها لفلان فهي لفلان وارثي م: (**يكون رجوعاً عن الأول لما بينا**) ش: أشار به إلى التعلل المذكور بقوله لأن اللفظ يدل على قطع الشركة إلى آخره م: (**ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه**) ش: وهو أن يكون للوارث إذا أجازها الورثة ، وإن لم تجز الورثة يكون ميراثاً .

م: (**ولو كان فلان الآخر ميتاً حين أوصى فالوصية الأولى على حالها**) ش: يعني لو قال كل وصية أوصيت بها لفلان الآخر حين أوصى له ميتاً لم يصح الرجوع ، لأنه لم يصح النقل عن الوصية الأولى لأن الوصية للميت باطلة ، فصار كأنه لم يوص لأحد بعد الوصية الأولى م: (**لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني ، ولم تتحقق فبقي للأول . ولو كان فلان حين قال ذلك حياً ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة**) ش: . أي لورثة الموصي م: (**لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع**) ش: أي برجوع الوصي عنها م: (**والثانية بالموت**) ش: أي بموت الموصى له الثاني قبل موت الموصي م: (**والله أعلم بالصواب**) .

باب الوصية بثلث المال

قال : ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما ؛ لأنه يضيق الثلث عن حقهما ، إذ لا يزاد عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم ، وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق ، والمحل يقبل الشركة ، فيكون بينهما . وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً ؛ لأن كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهماً والأكثر سهمين ، فصار ثلاثة أسهم ، سهم لصاحب الأقل ، وسهمان لصاحب الأكثر . وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما .

***

م: (**باب الوصية بثلث المال**)

ش: أي هذا باب في بيان حكم الوصية بثلث المال .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما ؛ لأنه يضيق الثلث عن حقهما ، إذ لا يزاد عليه**) ش: أي على الثلث م: (**عند عدم الإجازة على ما تقدم**) ش: من عدم الجواز بأكثر من الثلث م: (**وقد تساويا في سبب الاستحقاق**) ش: وهو الإيصاء فالثلث بينهما م: (**فيستويان في الاستحقاق، والمحل يقبل الشركة ، فيكون بينهما**) ش: أي بين الموصى لهما بالثلث .

م: (**وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً ؛ لأن كل واحد منهما يدلي**) ش: من أدليت الدلو في البئر إذا أرخيته فيها م: (**بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهماً والأكثر سهمين ، فصار ثلاثة أسهم ، سهم لصاحب الأقل**) ش: أي لصاحب القليل .

م: (**وسهمان لصاحب الأكثر ، وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما**) ش: اعتباراً لعدم حالة الإجازة بحالة الإجازة ، وفيها تصح المسألة من أربعة ، لأنهما يقولان بطريق القول .

وفي المسألة الثلث ولكل واحد يخرج له ثلث صحيح ثلاثه ، وكذا عما يدعي عليه . وهو واحد والموصى له بالكل يدعي جميع الثلاثة فتؤول إلى أربعة . وكذا إذا لم يجيزوا يجعل الثلث لجميع المال في حق القسمة ، وإذا صار الثلث إلى أربعة فجميع المال اثنا عشر .

وقال أبو حنيفة: الثلث بينهما نصفان ، ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة . لهما في الخلافية : أن الموصي قصد شيئين ، الاستحقاق والتفضيل ، وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ، ولا مانع من التفضيل ، فيثبت كما في المحاباة وأختيها.

م: (**وقال أبو حنيفة -رحمه الله - : الثلث بينهما نصفان ، ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث**) ش: الحاصل أن عند أبي حنيفة : لا يضرب الموصى له عند عدم الإجازة بأكثر من الثلث ، وبه قال ثور وابن المنذر ، وعندهما : يضربون بعدد سهامهما في الثلث عند عدم الإجازة ، وبه قالت الأئمة الثلاثة والحسن الثوري والنخعي وابن أبي ليلى وإسحاق .

م: (**إلا في المحاباة**) ش: صورتها عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة ، وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع أحدهما لفلان بمائة ، والآخر لفلان بمائة ، فإن حصلت المحاباة لأحدهما بألف وللآخر بخمسمائة والكل وصية ، لأنه في حال المرض ، فإن لم يكن غيرهما ولم يجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث ، فتكون بينهما أثلاثًا يضرب الموصى له بألف بحسب وصيته وهي الألف ، والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي بخمسمائة ، فلو كان هذا كسائر الوصايا -على قول أبي حنيفة- : وجب أن لا يضرب الموصى له بألف في أكثر من خمسمائة .

م: (**والسعاية**) ش: صورتها أن يوصى بعتق عبدين قيمة أحدهما ألف ، وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرها إذا أجازت الورثة عتقا جميعاً ، وإن لم يجيزوا من الثلث وثلث ماله ألف فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذي قيمته ألفان ويسعى في الباقي ، والثلث للذي قيمته ألف ويسعى في الباقي .

م: (**والدراهم المرسلة**) ش: أي المطلقة هي أن يوصى لرجل بألفين ولآخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم ولم يجز الورثة ، فإنه يكون بينهما أثلاثًا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته ، لأن الوصية في مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ، ولا كذلك فيما إذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصف ماله ، أو بجميع ماله لأن اللفظ في مخرجه لم يصح ، لأن ماله أكثر وخرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا مخرج من الثلث .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - : م: (**في الخلافية**) ش: أي في المسألة الخلافية م: (**أن الوصي قصد شيئين الاستحقاق**) ش: فيما زاد على الثلث على الورثة م: (**والتفضيل**) ش: أي تفضيل بعض أهل الوصايا على بعض م: (**وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ، ولا مانع من التفضيل ، فيثبت كما في المحاباة وأختيها**) ش: وهما السعاية والدراهم المرسلة .

وله : أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة ، إذ لا نفاذ لها بحال ، فتبطل أصلاً ، والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق ، فيبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع . بخلاف مواضع الإجماع ؛ لأن لها نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة ، فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعاً في الجملة بخلاف ما نحن فيه . وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث ، وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث ؛ لأن هناك الحق تعلق بعين التركة ، بدليل أنه لو هلك واستفاد مالاً آخر تبطل الوصية، وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة -رحمه الله - م: (**أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة ، إذ لا نفاذ لها بحالٍ**) ش: لأن الوصية فيما زاد على الثلث ، لأنه لا يملك ذلك عند عدم إجازة الورثة .

م: (**فتبطل**) ش: أي الوصية م: (**أصلاً ، والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق ، فيبطل ببطلانه**) ش: أي يبطل الفضل ببطلان الاستحقاق ، لأنه إذا بطل الاستحقاق بطل فيما ضمنه م: (**كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع**) ش: إذا صح البيع صحت المحاباة وإذا بطلت بطلت م: (**بخلاف مواضع الإجماع**) ش: يعني المحاباة وصية .

م: (**لأن لها**) ش: أي الوصية م: (**نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة**) ش: فيجوز خروج الألف من الثلث يكون المال كثيراً بالاكتساب قبل الموت ، فيخرج هذه الوصايا من الثلث ، وهو معنى قوله ، م: (**فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعاً في الجملة بخلاف ما نحن فيه**) ش: وهو ما إذا أوصى بجميع المال لواحد والآخر بالثلث حيث لا يصح ، لأن ماله وإن كثر لا يخرج ذلك من الثلث ، فعلم أن الوصية لم تصح في مخرجه .

م: (**وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته**) ش: هذا صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها ، وهو أنه إذا أوصى بعين من التركة مثل عبد أو فرس له أو ثوب مثلاً م: (**وقيمته تزيد على الثلث فإنه**) ش: أي فإن الموصى له م: (**يضرب بالثلث**) ش: ولا يضرب بأكثر منه .

م: (**وإن احتمل أن يزيد المال**) ش: باكتساب هذا العبد مالاً فتصير رقبته مساوية لثلث المال ، أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال م: (**فيخرج من الثلث ؛ لأن هناك الحق**) ش: أي حق الموصى له م: (**تعلق بعين التركة ؛ بدليل أنه**) ش: أي عين التركة م: (**لو هلك واستفاد مالاً آخر تبطل الوصية ، وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة**) ش: وحق الورثة أيضاً يتعلق بعين التركة فيما زاد

تنفذ فيما يستفاد ، فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة . قال : وإذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة . ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز ؛ لأن الأول وصيته بمال الغير ؛ لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت ، والثاني وصية بمثل نصيب الابن ، ومثل الشيء غيره ، وإن كان يتقدر به فيجوز . وقال زفر - رحمه الله -: يجوز في الأول أيضاً ، فنظر إلى الحال، والكل ماله فيه . وجوابه ما قلنا . قال : ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ، وهذا عند أبي حنيفة- رحمه الله - . وقالا: له

على الثلث ، فتبطل التركة م: **(تنفذ فيما يستفاد ، فلم يكن متعلقاً بعين مات تعلق به حق الورثة)** ش: فلا يلزم بطلانه ، لأن الوصيه في مخرجها صحيحة ، ولهذا ضرب الموصى له في الثلث بما زاد على الثلثين .

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(وإذا أوصى بنصيب ابنه)** ش: أي وإن أوصى م: **(فالوصية باطلة)** ش: وبه قال أصحاب الشافعي وأحمد ، وهذا إذا كان الابن موجود ، وإن لم يكن له ابن صحت م: **(ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز)** ش: وفي بعض النسخ وإن أوصى م: **(لأن الأول)** ش: وهو الذي أوصى بنصيب ابنه م: **(وصيته بمال الغير ؛ لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت)** ش: أي بعد موت الموصي .

م: **(والثاني)** ش: وهو الوصية بمثل نصيب ابنه م: **(وصيته بمثل نصيب الابن ، ومثل الشيء غيره ، وإن كان يتقدر به فيجوز)** ش: سواء كان له ابن أو لم يكن .

م: **(وقال زفر- رحمه الله -: تجوز في الأول أيضًا)** ش: رواه الحسن بن زياد عنه م: **(فنظر إلى الحال)** ش: أي بالنظر إلى حال الوصية . وفي بعض النسخ : ينظر إلى الحال ، أي حال الوصية ، فإن المال سهم في ذلك الحال لكونه حياً بعد ، وهو معنى قوله : م: **(والكل ماله فيه)** ش: أي مال الموصي ، فينصرف فيه كيف شاء م: **(وجوابه)** ش: أي جواب زفر -رحمه الله - م: **(ما قلنا)** ش: وهو قوله : لأن الأول وصيته بمال الغير .

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة)** ش: المراد بأخس الأنصباء أقلها م: **(إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه)** ش: أي على السدس م: **(وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -)** ش: وبه قال أحمد في رواية ، ومالك في قول . وقال بعض أصحاب مالك : يعطى له الثمن . وقال أحمد في رواية : يعطى لهم سهم مما يصح منه الفريضة ، وهذا قول شريح .

م: **(وقالا)** ش: أي قال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: **(له)** ش: أي للموصى له

مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن يجيز الورثة لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفاً ، لا سيما في الوصية ، والأقل متيقن به فيصرف إليه ، إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه ؛ لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة .

بالسهم من ماله م: (**مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن يجيز الورثة**) ش: وقال الشافعي وابن المنذر يعطيه الورثة ما شاء ، ولأن ذلك يقع عليه السهم ، كما لو أوصى بخبز أو حنطة م: (**لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية**) ش: لأن الوصية أخت الميراث م: (**والأقل متيقن به فيصرف إليه ، إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه ؛ لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة**).

ش: قال الكاكي : اعلم أن نسخ شروح «الجامع الصغير» و«المبسوط» لم يذكر قوله : إلا أن ينقص عن الثلث فيتم له ، بل قال فيها : فله أحسن سهام الورثة ، ولا يزاد على السدس إلا أن يجيزه الورثة ، فكذا في غيره .

وعلى رواية «شروح الجامع» : ينقص عن السدس ولا يزاد على السهم ، فعلم أن هذا سهو وقع من المكاتب وجعل حكم الأفضل حكم الجامع ، وعن هذا ألحق لهذا الوضع الإمام جلال الدين المصنف - رحمه الله - وقد طوّل الأترازي هنا بالنقل عن الكتب ، فقال محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة قال : إذا أوصى لرجل بسهم من ماله ثم يموت فله مثل نصيب أحد الورثة ، إلا أن يكون ذلك أكثر من السدس فيكون له السدس .

وقال أبو يوسف ومحمد : له مثل نصيب أحد الورثة ، إلا أن يكون أكثر من الثلث ولا يجوز له إلا الثلث إلا أن يسلم الورثة ، هذا لفظ محمد في أصل« الجامع الصغير » . وقال القدوري في كتاب «التقريب» : قال أبو حنيفة : إذا أوصى بسهم من ماله فإنه يزاد على سهام الورثة أحسن انصبائهم ، فيعطى الموصى له ما لم يجاوز السدس، فإن جاوزه لم يزد عليه ، قال هذا رواية الأصل . وفي «الجامع الصغير» : لم ينقص عن السدس إلى هنا لفظ : « التقريب» .

وقال الطحاوي في «مختصره » : ومن أوصى لرجل بسهم من ماله فإن أبا حنيفة كان يقول : إن كانت الفريضة أقل من ستة أسهم كان له السدس، وإن كانت الفريضة أكثر من ستة اسهم كان له أحسن سهام الورثة .

وقال أبو يوسف ومحمد : له مثل أحسن سهام الورثة في هذه الوجوه كلها ما لم يجاوز ذلك الثلث ، فإن جاوز الثلث جاز له منه الثلث ، ولم يجز له سواه ، انتهى . وقال الإمام الأسبيجابي في «شرح الطحاوي » : ولو أوصى بسهم من ماله فعند أبي حنيفة ينظر إلى سدس جميع المال ، وإلى آخر بسهام الورثة أيهما كان أقل فله ذلك .

وله : أن السهم هو السدس، هو المروي عن ابن مسعود -رضي الله عنه- وقد رفعه إلى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروي .

بيان هذا إذا كانت الفريضة من أربعة أو من ثلاثة فالسدس أقل من أخس سهام الورثة فيعطى إياه . ولو كانت الفريضة أكثر من ستة فلا يعطى له السدس، وإنما يعطى له أخس سهام الورثة.

وعند أبي يوسف ومحمد: يعطى أخس سهام الورثة في الأحوال كلها إلا إذا جاوز أخس سهام الثلث ، فحينئذ يعطى له الثلث ولا يعطى الأخس . وكذلك هذا الاختلاف فيمن أقر بسهم من داره لفلان عند أبي حنيفة يقع ذلك على سدس داره . وعندهما السير إلى المقر ، وكذلك لو أعتق سهماً من عبده عند أبي حنيفة يعتق سدسه .

وعندهما : يعتق كله ، لأن العتق عندهما لا يتجزأ ، كذا في «شرح الطحاوي ». وقال فخر الإسلام في شرح «الجامع الصغير»: وحامله أن السهم اسم السدس عند السدس عند أبي حنيفة وعندهما اسم للجزاء من حصة الورثة من غير تقدير بالسدس ، انتهى.

وقال الأكمل : واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافاً كثيراً لا نكاد نعلم منه شيئًا . وسبب ذلك اختلاف رواية «المبسوط» و«الجامع الصغير ». وفي «الكافي»: فعلى رواية «الجامع الصغير » جوز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم تجز الزيادة على السدس ولم يجز النقصان عن السدس .

ورواية المصنف مخالف كل واحد منها ، لأن قوله إلا أن ينقص من السدس فيتم له السدس ليس في رواية «المبسوط ». وقوله: ولا يزاد عليه ليس في رواية «الجامع الصغير» ، فإما أنه اطلع على رواية غيرهما ، وإما أنه جمع بينهما ، انتهى .

قلت : وبهذا يجاب عن قولة الكاكي : إن هذا سهو وقع من الكاتب كما ذكرناه الآن . م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أن السهم هو السدس، هو المروي عن ابن مسعود -رضي الله عنه -**) ش: رواه محمد في الأصل عن عبد الله بن مسعود : أنه سئل عن رجل أوصى بسهم من ماله فقال: له السدس.

م: (**وقد رفعه إلى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروي**) ش: أي وقد رفع هذا الحديث عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه - ، وفيما يروي وهو على بناء الفاعل ، والضمير فيه يرجع إلى ابن مسعود ، وقد رفع المرفوع البزار في« مسنده » والطبراني في «معجمه الأوسط» عن محمد بن عبد الله العرزمي عن أبي قيس عن هزيل بن شرحبيل عن ابن مسعود أن رجلاً

ولأنه يذكر ويراد به السدس ، فإن إياساً قال: السهم في اللغة عبارة عن السدس ، ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة ، فيعطى ما ذكرنا . قالوا : هذا كان في عرفهم ، وفي عرفنا السهم كالجزء . قال: ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة : أعطوه ما شئتم ؛ لأنه مجهول يتناول القليل والكثير ، غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية ، والورثة قائمون مقام الموصي ، فإليهم البيان . قال : ومن قال : سدس مالي لفلان ، ثم قال في ذلك المجلس ، أو في مجلس آخر : له ثلث مالي ، وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه .

أوصى لرجل بسهم من ماله فجعل له النبي ﷺ السدس . وقال: أبو قيس ليس بالقوي ، وقد روى عنه شعبة والثوري والأعمش وغيرهم، واسم أبي قيس عبد الرحمن بن ثروان ، وذكره عبد الحق في «أحكامه» من جهة البزار ، وقال: العرزمي متروك[1] .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن السهم م: (**يذكر ويراد به السدس ، فإن إياساً قال: السهم في اللغة عبارة عن السدس**) ش: وإياس هو ابن معاوية بن قرة القاضي بالبصرة ولاه عمر بن العزيز - رضي الله عنه - ومات سنة اثنين وعشرين ومائة ، وهو من كبار التابعين ، وهكذا قال الحسن والثوري. م: (**ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة ، فيعطى ما ذكرنا**) ش: وهو السدس .

م: (**قالوا**) ش: أي المشايخ في شروح «الجامع الصغير» م: (**هذا كان في عرفهم ، وفي عرفنا السهم كالجزء**) ش: لأنه لا يراد به نصيب أحد الورثة ولا السدس . م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة: أعطوه ما شئتم ؛ لأنه مجهول يتناول القليل والكثير ، غير أن الجهالة**) ش: أي جهالة الموصى به م: (**لا تمنع صحة الوصية ، والورثة قائمون مقام الموصي ، فإليهم**) ش: أي فإلى الورثة م: (**البيان**) ش: وقال الفقيه أبو الليث في كتاب« نكت الوصايا »: وإذا أوصى بجزء من ماله أو بنقص من ماله فللورثة أن يعطوا ما شاؤوا . وكذا إذا أوصى بحظ من ماله .

م: (**قال: ومن قال: سدس مالي لفلان، ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر : له ثلث مالي ، وأجازت الورثة، فله ثلث المال ويدخل السدس فيه**) ش: أي في الثلث ، لأن الكلام الثاني يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث ، ويحتمل أنه أراد إيجاب ثلث على السدس ، فيجعل كلامه في السدس تكراراً حملاً لكلامه على المتيقن وعلى ما يملك الإيصاء به

---

(١) قال الهيثمي في« المجمع» : رواه البزار وفيه محمد بن عبيد الله العرزمي اهـ .
قلت : وهو متروك. وأورد من حديث عمران بن حصين أن رجلاً من الأعراب أعتق ستة مملوكية له ، وليس له مال غيرهم ، فبلغ ذلك النبي ﷺ فغضب ، وقال : « لقد هممت أن لا أصلي عليه » قال : رواه الطبراني، ورجاله رجال الصحيح . وهذا مفسر لمعنى الحيف في الوصية .

ومن قال : سدس مالي لفلان ، ثم قال في ذلك المجلس أو في غيره : سدس مالي لفلان ، فله سدس واحد ؛ لأن السدس ذكر معرفاً بالإضافة إلى المال ، والمعرفة إذا أعيدت يراد بالثاني عين الأول، هو المعهود في اللغة . قال : ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثًا ذلك وبقي ثلثه ، وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي . وقال زفر- رحمه الله تعالى- : له ثلث ما بقي ؛ لأن كل واحد منهما مشترك بينهم ، والمال المشترك يتوى ما توي منه على الشركة ، ويبقى ما بقي عليها . وصار كما إذا كانت التركة أجناساً مختلفة . ولنا : أن في الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم في الواحد ، ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة ، وفيه جمع

وهو الثلث .

وقيل : إنما قال : وجازت الورثة لدفع وهم ، وهو أن يقال : ينبغي للموصى له نصف المال ، لأن الثلث مع السدس ، نصف المال ، وفيه نوع تأمل .

م: (ومن قال : سدس مالي لفلان، ثم قال في ذلك المجلس أو في غيره: سدس مالي لفلان ، فله سدس واحد ؛ لأن السدس ذكر معرفاً بالإضافة إلى المال، والمعرفة إذا أعيدت يراد بالثاني عين الأول، هو المعهود في اللغة) ش: أي كون المال غير الأول معلوم في استعمال أهل اللغة ، يقال جاءني زيد ، ثم يقال: أكرمت زيداً ، أي ذلك بعينه ، وهذا البحث قرر كما ينبغي في موضعه .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه، وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي) ش: ومعني قوله : وهو يخرج من ثلث ماله ، أي ثلث الباقي بعد هلاك الثلثين يخرج من ثلث بقية مال الموصي .

م: (وقال زفر -رحمه الله - : له ثلث ما بقي ؛ لأن كل واحد منهما) ش: أي من الهالك والباقي م: (مشترك بينهم) ش: أي بين الورثة وبين الموصى له م: (والمال المشترك يتوى ما توي منه) ش: أي ما هلك من مال مشترك م: (على الشركة ، ويبقى ما بقي عليها) ش: أي على الشركة .

م: (وصار كما إذا كانت التركة أجناسًا مختلفة) ش: فهلك بعضها فالذي يبقى على الشركة ، وهو القياس ، وبه قال أبو ثور وابن شريح من أصحاب الشافعي -رحمهم الله - وهو قياس قول مالك ، لأنه يعتبر قدر المال حال الوصية لا الموت ، وبقولنا قال الشافعي وأحمد -رحمهما الله - وقال الأترازي : وبقول زفز نأخذ .

م: (ولنا : أن في الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم في الواحد) ش: أي يمكن جمع حق شائع لكل واحد في فرد م: (ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة ، وفيه جمع) ش: أي والحال أن فيه

والوصية مقدمة ، فجمعناها في الواحد الباقي ، وصارت الدراهم كالدرهم ، بخلاف الأجناس المختلفة ؛ لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً . فكذا تقديمًا . قال : ولو أوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها ، وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب . قالوا : هذا المذكور إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة، ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم. وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها ؛ لأنه يجري فيه الجمع جبراً بالقسمة . ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي . وكذا الدور المختلفة .

الجمع ، أي في القسمة على تأويل الأقسام م: (**والوصية مقدمة**) ش: أي على الميراث م: (**فجمعناها في الواحد الباقي ، وصارت الدراهم كالدرهم**) ش: يعني إذا أوصى بالدرهم الواحد، وله ثلاث دراهم فهلك اثنان فله الداراهم الباقي بالاتفاق .

م: (**بخلاف الأجناس المختلفة**) ش: جواب عن قول زفر - رحمه الله - كما إذا كانت الشركة أجناساً مختلفة ، ووجهه ما قاله م: (**لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً**) ش: يعني من حيث الجبر ، فإنه إذا تركها يطلب بعض الورثة القسمة، وأبى الباقون ، فإن القاضي لا يجبرهم على القسمة .

م: (**فكذا تقديماً**) ش: أي فكذا لا يمكن من حيث تقديم الوصية على الميراث ، لأنه إذا قدر الجمع قدر التقديم ، لأن فيه الجمع فيبقى الكل مشتركاً بين الورثة والموصى أثلاثًا، فما هلك هلك على الشركة ، وما بقي بقي عليها أثلاثاً .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولو أوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها ، وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب ، قالوا**) ش: أي المشايخ م: (**هذا المذكور إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ، ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم**) ش: يعني يستحق جميع الثوب الباقي إذا كان يخرج من الثلث كالدرهم الباقي م: (**وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها**) ش: أي بمنزلة الدراهم ، فيكون له جمع الباقي . م: (**لأنه يجري فيه الجمع جبراً بالقسمة**) ش: أي من حيث إن القاضي يجبر فيه بالقسمة .

م: (**ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي**) ش: لكثرة التفاوت، ولهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد بغير عينه إذا لم يبين الثمن م: (**وكذا الدور المختلفة**) ش: لأنها كالأجناس المختلفة لكثرة التفاوت بين الدارين في المنفعة في الضيق وفي السعة قريب الماء وبعيده والأمن وجنس الجيران ونحو ذلك ، فكانت ملحقة بالأجناس المختلفة ، فكان للموصي له ثلث الباقي ، هكذا أجاب محمد في «الجامع الصغير» في الدور والرقيق بلا خلاف .

وقيل : هذا على قول أبي حنيفة -رحمه الله- وحده لأنه لا يرى الجبر على القسمة فيها . وقيل : هو قول الكل ؛ لأن عندهما للقاضي أن يجتهد ويجمع ، وبدون ذلك يتعذر الجمع ، والأول أشبه للفقه المذكور . قال : ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين ، فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له ؛ لأنه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس ، فيصار إليه. وإن لم يخرج دفع إليه ثلث الدين وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف ؛ لأن الموصى له شريك الوارث ، وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة ؛ لأن للعين فضلاً عن الدين ؛ ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال ، وإنما يصير مالاً عند الاستيفاء ، فإنما يعتدل النظر بما ذكرناه .

م: (وقيل: هذا على قول أبي حنيفة-رحمه الله -وحده) ش: أي هذا الجواب في الرقيق والدور المختلفة إذا بقي واحد وهو أن يقال: لا يكون له ثلث الباقي، وهو قول أبي حنيفة خاصة. وعندهما: له جميع الباقي م: (لأنه) ش: أي لأن أبا حنيفة -رحمه الله - م: (لا يرى الجبر على القسمة فيها) ش: أي في الدور والرقيق .

م: (وقيل : هو قول الكل) ش: أي قول أبي حنيفة -رحمه الله - وصاحبيه م: (لأن عندهما) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد- رحمهما الله -: م: (للقاضي أن يجتهد ويجمع ، وبدون ذلك) ش: أي بدون اجتهاد القاضي وجمعه م: (يتعذر الجمع) ش: أي جمع نصيب أحدهم في العبد الواحد والدار الواحدة ، وإذا هلك لم يكن لذلك فعل من القاضي ، فكان المال على الشركة يأتي وما هلك م: (والأول) ش: وهو أن يكون في المسألة اختلاف م: (أشبه للفقه المذكور) ش: وهو أن أبا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة ، لأنه يجعلها أجناساً مختلفة ، وهما بزمان ذلك ، لأنهما يجعلانها جنساً واحداً .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين ، فإن خرج الألف من ثلث العين ودفع إلى الموصى له ؛ لأنه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس) ش: أي نقصان م: (فيصار إليه) ش: لأن الأصل في الشركاء أن يوفى حق كل واحد من غير إيقاع بخس في حق الآخر م: (وإن لم يخرج) ش: أي الألف من ثلث العين م: (دفع إليه ثلث الدين وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف ، لأن الموصى له شريك الوارث ، وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة ؛ لأن العين فضلاً عن الدين ، ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال) ش: ولهذا لو حلف لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث ، لأن الدين م: (إنما يصير مالاً عند الاستيفاء) ش: لأنه وصف ثابت في الذمة م: (فإنما يعتدل النظر بما ذكرناه) ش: أي النظر في حق الموصى له والورثة بإيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس في حق الآخر ، وهو أن لا

قال : ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد ؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها ، كما إذا أوصى لزيد جدار . وعن أبي يوسف - رحمه الله-: أنه إذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث ، لأن الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي إلا نصف الثلث ، بخلاف ما إذا علم بموته ؛ لأن الوصية للميت لغو ، فكان راضياً بكل الثلث للحي . وإن قال : ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث ؛ لأن قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد منهما نصف الثلث ، بخلاف ما تقدم ، ألا ترى أن من قال: ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث . ولو قال :ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث ، قال : ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالاً استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت ؛ لأن الوصية عقد

يختص الموصى له بالعين إذا لم يخرج الثلث من العين .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد) ش: سواء علم بموت عمرو أو لم يعلم ، . وبه قال الشافعي في قول، وأحمد وإسحاق والبصريون - رحمهم الله - م: (لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها) ش: أي من أهل الوصية م: (كما إذا أوصى لزيد جدار) ش: أو حمار يكون الوصية لزيد ، والإضافة إلى الحمار أو الجدار لغو .

م: (وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه إذا لم يعلم) ش: أي الموصي م: (بموته) ش: أي بموت عمرو م: (فله) ش: أي فلزيد الذي هو حي م: (نصف الثلث) ش: وبه قال الشافعي في قول، وأحمد -رحمه الله- في رواية، ومالك ، لأن بين الاشتراك فلا يصرف إلى الحي إلا نصف الثلث .

م: (لأن الوصية عنده) ش: أي عند الموصي م: (صحيحة لعمرو فلم يرض للحي إلا نصف الثلث ، بخلاف ما إذا علم بموته ؛ لأن الوصية للميت لغو فكان راضيًا بكل الثلث للحي ، وإن قال : ثلث مالي بين زيد وعمرو، وزيد ميت، كان لعمرو نصف الثلث ؛ لأن قضية هذا اللفظ أن يكون لكل منهما نصف الثلث ، بخلاف ما تقدم) ش: حيث يستحق الموصى له جميع الثلث لعدم المزاحمة م: (ألا ترى أن من قال: ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ، ولو قال: ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث) .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له) ش: أي والحال أن لا مال له وقت الوصية م: (واكتسب مالاً استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت ؛ لأن الوصية عقد

استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ، ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله، وكذلك إذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالاً لما بينا ، ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الأصل ، فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه إيجاب بعد الموت ، فيعتبر قيامه حينئذ . وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت ، وإن لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح ؛ لأنها لو كانت بلفظ المال تصح ، فكذا إذا كانت باسم نوعه، وهذا لأن وجوده قبل الموت فضل ، والمعتبر قيامه عند الموت . ولو قال : له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة ؛ لأنه لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة ، إذ ماليتها توجد في مطلق المال . ولو أوصى بشاة ولم يضيفه إلى ماله ولا غنم له ، قيل : لا يصح ؛ لأن المصحح إضافته إلى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها ، وقيل : تصح لأنه لما

استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعد) ش: أي بعد الموت م: (فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله ، وكذلك الحكم إذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالاً لما بينا) ش: إشارة إلى قوله : لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت .

م: (ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الأصل، فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه) ش: أي أن الوصية على تأويل الإيصاء م: (إيجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ) ش: أي قيام ما أوصى به عند الموت م: (وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت، وإن لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح) ش: احترز به عن قول بعض المشايخ : وإن الوصية باطلة .

وقال الفقيه أبو الليث : هذا القول ليس بصحيح عندنا ، لأن أضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين ، فصار بمنزلة إضافته إلى ثلث المال م: (لأنها) ش: أي لأن الوصية م: (لو كانت بلفظ المال تصح ، فكذا إذا كانت باسم نوعه) ش: أي نوع المال .

م: (وهذا) ش: توضيح لما قبله م: (لأن وجوده) ش: أي وجود المال م: (قبل الموت فضل ، والمعتبر قيامه عند الموت) ش: لما مر غير مرة م: (ولو قال: له) ش: أي لفلان م: (شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة ؛ لأنه) ش: أي لأن الموصي م: (لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة ؛ إذ ماليتها توجد في مطلق المال) .

م: (ولو أوصى بشاة ولم يضفه إلى ماله) ش: بأن لم يقل : من مالي م: (ولا غنم له ، قيل : لا يصح ؛ لأن المصحح إضافته إلى المال وبدونها) ش: أي بدون الإضافة إلى المال م: (تعتبر صورة الشاة ومعناها) ش: لأن الشاة اسم للصورة والمعنى، ولم يوجد فلا يصح م: (وقيل : تصح لأنه لما

ذكر الشاة وليس ملكه شاة علم أن مراده المالية . ولو قال : شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة ؛ لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة ، حيث جعلها جزءاً من الغنم ؛ بخلاف ما إذا أضافه إلى المال ، وعلى هذا يخرج كثير من المسائل . قال : ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده وهن ثلاث ، وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم ، قال - رضي الله عنه- : وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- ، وعن محمد -رحمه الله-: أنه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان ، وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة ، والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكاة ، لمحمد-رحمه الله- أن المذكور لفظ الجمع ، وأدناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن ، فكان من كل فريق اثنان ، وأمهات الأولاد ثلاث ، فلهذا يقسم على

ذكر الشاة وليس ملكه شاة علم أن مراده المالية) ش: أي مطلق المالية ، فيعطى له شاة أو قيمة شاة .

م: (ولو قال: شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة ؛ لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة ، حيث جعلها جزءاً من الغنم ، بخلاف ما إذا أضافه إلى المال) ش: بأن قال: له شاة من مالي ولا غنم له حيث يعطي شاة لما مر م: (وعلى هذا يخرج كثير من المسائل) ش: منها ما ذكره في «المبسوط» بقوله: لو قال له قفيز حنطة من مالي أو ثوب من مالي فإنه يصح الإيجاب ، وإن لم يكن ذلك في ماله ، بخلاف ما إذا قال: من حنطتي أو من ثيابي ، فإنه إذا لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شيء للموصى له ، وعلى هذا كله عرض من ماله .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده وهن ثلاث ، وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم ، قال -رضي الله عنه -: وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- ، وعن محمد - رحمه الله - : أنه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق) ش: يعني من الفقراء والمساكين م: (سهمان ، وأصله) ش: أي أصل هذا الخلاف م: (أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة ، والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكاة) ش: أي في كتاب الزكاة .

ثم أوضح الأصل المذكور بإيراد تعليل محمد وتعليل صاحبيه فقال: م: (لمحمد -رحمه الله- : أن المذكور لفظ الجمع ، وأدناه في الميراث اثنان) ش: أي أدنى الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين فصاعداً م: (نجد ذلك) ش: أي عدد أدنى الجمع اثنان منهم م: (في القرآن) ش: ألا ترى إلى قوله تعالى : ﴿ فإن كان له أخوة فلأمه السدس ﴾ (النساء : الآية ١١) ، ويحجب الاثنان منهم فصاعداً الإمام من الثلث إلى السدس فعلم أن الاثنين لهما حكم الجمع م: (فكان من كل فريق اثنان) ش: أي من الفقراء والمساكين اثنان م: (وأمهات الأولاد ثلاث ، فلهذا يقسم على

سبعة . ولهما أن الجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس ، وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه إلى الكل ، فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة ، والثلاثة للثلاث . قال : ولو أوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما ، وعند محمد- رحمه الله - : ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ، ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما ، وعنده : لا يصرف إلا إلى مسكينين بناءً على ما بيناه .قال : ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ، ثم قال لآخر : قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة؛ لأن الشركة للمساواة لغة ، وقد أمكن إثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال ؛ لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة ، بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربعمائة ولآخر بمائتين ، ثم كان الإشراك ؛ لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين ، فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملاً

سبعة).

م: (ولهما) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمه الله- : م: (أن الجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس ، وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه إلى الكل، فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة ، والثلاث للثلاث) ش: أي أمهات الأولاد .

م: (قال: ولو أوصى بثلثه لفلان) ش: أي بثلث ماله لفلان م: (وللمساكين فنصفه ، لفلان ونصفه للمساكين عندهما) ش: أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمه الله- وعلى هذا الأصل لو أوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين يكون نصفه لفلان وثلثاه للمساكين ، يصير الثلث أثلاثا .

م: (وعند محمد -رحمه الله- : ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ، ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما ، وعنده) ش: أي وعند محمد -رحمه الله- م: (لا يصرف إلا إلى مسكينين بناءً على ما بيناه) ش: يعني في المسألة المتقدمة ، وهو أن الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين إلى آخره . م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» م: (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر: قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة ؛ لأن الشركة للمساواة لغة ، وقد أمكن إثباته بين الكل بما قلناه) ش: من اقتضاء الشركة والمساواة م: (لاتحاد المال ؛ لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة ، بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربعمائة ولآخر بمائتين ، ثم كان) ش: أي الاشتراك، أي ثم قال : للثالث م: (الإشراك) ش: معهما فيما أوصيت بهما كان له النصف من كل واحد منهما جميعًا م: (لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين) ش: ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك بقدر الإمكان م: (فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملاً

باللفظ بقدر الإمكان . قال : ومن قال : لفلان علي دين فصدقوه ، معناه : قال ذلك لورثته فإنه يصدق إلى الثلث وهذا استحسان ، وفي القياس لا يصدق ؛ لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً ، لكنه لا يحكم به إلا بالبيان. وقوله: «فصدقوه » صدر مخالفاً للشرع ؛ لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة فتعذر إثباته إقراراً مطلقاً ، فلا يعتبر ، وجه الاستحسان : أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية ، وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعياً منه في تفريغ ذمته ، فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له ، كأنه قال : إذا جاءكم فلان وادعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء ، وهذه معتبرة من الثلث ، فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة . قال : وإن أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة ؛ لأن ميراثهم معلوم ، وكذا الوصايا معلومة

باللفظ) ش: أي بقوله : أشركتك م: (بقدر الإمكان).

م: (قال) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» م: (ومن قال : لفلان علي دين فصدقوه) ش: أي قال لورثته، وبينه المصنف بقوله م: (معناه قال ذلك لورثته ، فإنه يصدق إلى الثلث) ش: أي إذا ادعى الدين بأكثر من الثلث ، وكذبه الورثة ، قال المصنف -رحمه الله- : م: (وهذا استحسان . وفي القياس: لا يصدق ؛ لأن الإقرار بالمجهول ، وإن كان صحيحًا لكنه لا يحكم به إلا بالبيان ، وقوله : فصدقوه صدر مخالفًا للشرع ؛ لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة) ش: وهو قد أمرهم بتصديقه بلا حجة ، فإذا كان كذلك م: (فتعذرإثباته إقراراً مطلقًا) ش: يعني من كل وجه م: (فلا يعتبر وجه الاستحسان : أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة) ش: وهو مالك للكل في الثلث م: (وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية) ش: فيتقيد ، وقد يحتاج جواب عما يقال : لو كان قصده الوصية لصرح بها ، وتقرير الجواب بأن يقال : م: (وقد يحتاج إليه) ش: إلى مثل هذا الكلام م: (من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره) ش: يعني يعلم أصل الحق ولا يعلم مقداره م: (سعيًا منه) ش: أي لأصل السعي منه ، م: (في تفريغ ذمته فيجعلها) ش: أي فيجعل هذه الوصية م: (وصية جعل التقدير فيها) ش: أي في هذه الوصية م: (إلى الموصى له كأنه قال: إذا جاءكم فلان وادعى شيئًا فأعطوه من مالي ما شاء ، وهذه) ش: أي هذه الوصية م: (معتبرة من الثلث ، فلهذا) ش: ، أي فلكونها معتبرة من الثلث م: (يصدق على الثلث دون الزيادة) ش: على الثلث ، لأن جواز الوصية من الثلث .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (وإن أوصى بوصايا غير ذلك) ش: أي غير الدين المجهول م: (يعزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة ؛ لأن ميراثهم معلوم) ش: وهو الثلثان م: (وكذا الوصايا معلومة) ش: وهي الثلث .

وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم ، فيقدم عزل المعلوم ، وفي الإفراز فائدة أخرى ، وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به ، والآخر ألد خصاماً وعساهم يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم ، وبعد الإفراز يصح إقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة . وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا : صدقوه فيما شئتم ، ويقال للورثة :صدقوه فيما شئتم ؛ لأن هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ ، فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة ديناً شائعاً في النصيبين ، فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا والورثة بثلثي ما أقروا تنفيذاً لإقرار كل فريق في قدر حقه ، وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك ؛ لأنه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره . قال : ومن أوصى لأجنبي ولوارثه فللأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث ؛ لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملك ، فصح في الأول وبطل في الثاني . بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت ؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحماً ، فيكون الكل للحي والوارث من أهلها ، ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا ،

م: (وهذا) ش: أي دين فلان م: (مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم ، وفي الإفراز فائدة أخرى ، وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به) ش: أي هذا الحق م: (والآخر) ش: أي الفريق الآخر م: (ألد خصامًا) ش: أي شديد بين في الخصومة م: (وعساهم) ش: أي لعلهم ، أي الفريق الورثة وأصحاب الوصايا م: (يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم ، وبعد الإفراز يصح إقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة) .

م: (وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا : صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة : صدقوه فيما شئتم ؛ لأن هذا دين في حق المستحق) ش: أي المقر له م: (وصية في حق التنفيذ ، فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة دينًا شائعًا في النصيبين ، فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا ، والورثة بثلثي ما أقروا تنفيذًا لإقرار كل فريق في قدر حقه ، وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك ؛ لأنه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره) ش: أي بين المقر له وبين غيره ، وهو الميت .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه فللأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث ؛ لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملك ، فصح في الأول) ش: أي فيما يملك م: (وبطل في الثاني) ش: أي فيما لا يملك، وبه قالت الأئمة الثلاثة وأبو ثور - رحمهم الله .

م: (بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت ؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحمًا، فيكون الكل للحي والوارث من أهلها) ش: أي من أهل الوصية م: (ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا) ش:

وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبي . وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي أيضاً ؛ لأن الوصية إنشاء تصرف والشركة تثبت حكماً له ، فتصح في حق من يستحقه منهما . وأما الإقرار فإخبار عن كائن ، وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ، ولا وجه إلى إثباته بدون هذا الوصف ، لأنه خلاف ما أخبر به ولا إلى إثبات الوصف ؛ لأنه يصير الوارث فيه شريكاً ، ولأنه لو قبض الأجنبي شيئاً كان للوارث أن يشاركه ، فيبطل في ذلك القدر ، ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً ، وفي الإنشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلاناً . قال : ومن كان له ثلاثة أثواب

أي حكما الصورتين م: (وعلى هذا) ش: أي على الحكم المذكور م: (إذا أوصى للقاتل وللأجنبي) ش: حيث تبطل وصيته للقاتل ، لأنها فيمن لا يستحقها ، ولا تبطل في حق الأجنبي ، لأنها في حقه جائزة .

م: (وهذا) ش: أي هذا الإيصاء م: (بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي أيضًا ؛ لأن الوصية إنشاء تصرف) ش: أي ابتداء تمليك م: (والشركة تثبت حكمًا له) ش: أي للإنشاء م: (فتصح في حق من يستحقه منهما) ش: أي من الوارث والأجنبي .

م: (وأما الإقرار فإخبار عن كائن ، وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي) ش: فيستدعي مخبرًا ، والمخبر به للوالدين المشترك م: (ولا وجه إلى إثباته بدون هذا الوصف) ش: وهو الاشتراك م: (لأنه خلاف ما أخبر به) ش: المقرون لا إلى إثبات الوصف ، أي لا وجه أيضًا م: (ولا إلى إثبات الوصف ؛ لأنه يصير الوارث فيه شريكًا) ش: فيؤدي إلى إضرار بعض الورثة ، فيرد أصلاً كيلا يحتال الناس في إضرار الورثة بهذا الطريق .

م: (ولأنه لو قبض الأجنبي شيئًا كان للوارث أن يشاركه ، فيبطل) ش: أي يبطل الإقرار م: (في ذلك القدر) ش: المقبوض حمل في نصيبهما معًا ، لأنه لما كان للوارث أن يشاركه فيه ، فإذا شارك كان لبقية الورثة أن يأخذوا ذلك القدر منه .

ثم يرجع هو على الأجنبي ، لأن ما قبض لم يسلم له ثم ، وثم إلى أن ينتهي فيبطل أصلاً ، وهو قوله م: (ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل) ش: فإذا بطل الكل م: (فلا يكون مفيدًا ، وفي الإنشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء) ش: أي في حق الأجنبي م: (وبطلانًا) ش: أي في حق الوارث .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (ومن كان له ثلاثة أثواب

جيد ووسط ورديء فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري أيها هو ، والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ، ومعنى جحودهم : أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه: الثوب الذي هو حقك قد هلك ، فكان المستحق مجهولاً ، وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود ، فبطل . قال : إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين ، فإن سلموا زال المانع ، وهو الجحود ، فيكون لصاحب الجيد ثلثًا الثوب الأجود ، ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون ، فثبت الأدون ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون ؛ لأن صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين ؛ لأنه إما أن يكون وسطاً أو رديئاً ولا حق له فيهما ، وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين ؛ لأنه إما أن يكون جيداً أو وسطاً ولا حق له فيهما . ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي ،

جيد ووسط ورديء فأوصى بكل واحد) ش: من هذه الثياب م: (**لرجل فضاع ثوب ولا يدري أيها هو ، والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة)** ش: صورة المسألة في «الجامع» عن محمد ويعقوب عن أبي حنيفة -رحمه الله- في رجل أوصى لثلاثة نفر فقال: لفلان هذا الثوب الجيد ولفلان رجل آخر هذا الثوب الوسط ولفلان رجل آخر هذا الثوب الرديء ثم مات الموصي ثم هلك واحد من الثلاثة أثواب لا يدري أيها هلك ، والورثة تجحد فالوصية باطلة .

قال المصنف : م: (**ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك ، فكان المستحق مجهولاً ، وجهالته تمنع صحة القضاء)** ش: كما إذا أوصى لأحد هذين الرجلين ، فإن الوصية باطلة ، لأن المستحق مجهول .

م: (**وتحصيل المقصود)** ش: بالنصب ، أي ويمنع أيضًا تحصيل المقصود ، أي مقصود الوصي ، وهو إتمام غرضه ، فإذا كان كذلك م: (**فبطل)** ش: أي الإيصاء .

م: (**قال)** ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: (**إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين)** ش: وهذا استثناء من قوله: «فالوصية باطلة» م: (**فإن سلموا)** ش: أي الورثة إن قالوا : سلمنا لكم هذين الثوبين فاقتسموا فيما بينكما م: (**زال المانع ، وهو الجحود ، فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود ، ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون ، فثبت الأدون ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الادون؛ لأن صاحب الجيد ، لا حق له في الرديء بيقين ؛ لأنه)** ش: أي لأن الرديء م: (**إما أن يكون وسطًا أو رديئًا ولا حق له فيهما)** ش: أي لا حق لصاحب الجيد في الوسط والرديء م: **(وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين ؛ لأنه إما أن يكون جيداً أو وسطًا ، ولا حق له فيهما. ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي)** ش: إذ الهالك إذا كان رديئًا فالثاني يكون جيداً ، فيكون هو الرديء الأصلي .

فيعطى من محل الاحتمال . وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الأدون فلم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء ، فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة . قال : وإذا كانت الدار بين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فإنها تقسم ، فإن وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- ، وعند محمد نصفه للموصى له ، وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله-. وقال محمد- رحمه الله- : مثل ذرع نصف البيت . له : أنه أوصى بملكه وبملك غيره ؛ لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الأول ويوقف الثاني ، وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة ، كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ، ثم إذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفيذاً للوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت ، وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذاً للوصية في بدل الموصى به عند فواته ، كالجارية

م: (فيعطى من محل الاحتمال) ش: لأنه يحتمل أن يكون هذا وسطًا ويحتمل أن يكون في الرديء الحالي بأن يكون الضائع الرديء ، فيكون هذا وسطًا ، فيكون هذا تنفيذ وصية في محل يحتمل أن يكون حقه ، كذا في «شرح الجامع» لصاحب« الهداية» م: (وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الأدون فلم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء فتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة).

م: (قال) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: (وإذا كانت الدار بين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فإنها تقسم) ش: أي فإن الدار تقسم م: (فإن وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - . وعند محمد : نصفه للموصى له ، وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -. قال محمد -رحمه الله- : مثل ذرع نصف البيت . له) ش: أي لمحمد -رحمه الله- م: (أنه) ش: أي أن الموصي م: (أوصى بملكه وبملك غيره ؛ لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الأول) ش: وهو الوصية فيما يملكه وهو نصيبه م: (ويوقف الثاني ، وهو) ش: وهو نصيب صاحبه فيتوقف على إجازة شريكه م: (أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة) ش: لأنه أخذ البيت بدلاً عن نصيبه بما في يد صاحبه م: (لا تنفذ الوصية السالفة) ش: بالملك الحادث بعد الوصية في الموصى به .

م: (كما إذ أوصى بملك الغير ثم اشتراه) ش: حيث لا تصح الوصية ، فكذا هذا م: (ثم إذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفيذاً للوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت ، وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذاً للوصية في بدل الموصى به عند فواته ، كالجارية

الموصى بها إذا قتلت خطأ تنفـذ الوصية في بدلها . بخلاف ما إذا بيع العـبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصيـة بثمنه ؛ لأن الوصية تبطل بالإقـدام على البيع على ما بيناه ، ولا تبطل بالقـسمة . ولهما: أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة ؛ لأن الظـاهر أنه يقصد الإيصاء بملك منتفع به من كل وجه ، وذلك يكون بالقسمة ؛ لأن الانتفاع بالمشاع قاصر ، وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفـذ الوصية فيه . ومعنى المبادلة في هذه القسـمة تابع ، وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعـة ، ولهذا يجبر على القسمـة فيه ، وعلى اعتبار الإفراز يصـير كأن البيت ملكه من الابتداء ، وإن وقع في نصـيب الآخر تنفـذ في قدر ذرعان جـميعـه مما وقع في نصيبـه ، إما لأنه عوضه كما ذكرناه ، أو لأن مراد الموصي من ذكر البيت الـتقدير به تحصيلاً لمقصوده ما أمكن ، إلا أنه يتعين البيت

الموصي بها إذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها . بخلاف ما إذا بيع العبد) ش: أي عند فوات الأصل بالحالة م: (الموصى به ، حيث لا تـتعلق الوصيـة بثمنه ؛ لأن الوصيـة تبطل بالإقدام على البـيع على ما بيناه) ش: أشار به إلى ما ذكر قبل باب الوصية بثلث المال عند قوله وإذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعًا م: (ولا تبطل) ش: أي الوصية م: (بالقسمة) ش: لأن القسـمة لتكميل المنفعة ، بخلاف البيع .

م: (ولهما) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله تعالى - : م: (أنه أوصى بما يستقر ملكه فيـه بالقسمة ؛ لأن الظاهر أنه) ش: أي أن الموصي م: (يقصد الإيصـاء بملك منتفع به من كل وجه ، وذلك) ش: أي الملك المنتفع به عن كل وجه م: (يكون بالقسمة) ش: لأن ملكه على اعتبار القسـمة هو الملك التام المنتفع به م: (لأن الانتفاع بالمشـاع قاصر ، وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصيـة فيه . ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع) ش: وإن كان معنى المبـادلة في قـسمـة العـروض والحيـوانات أصل ، والدارين عـروض ، ذكـره المصنف في كتـاب القسمة .

م: (وإنما المقصـود الإفراز تكميلاً للمنفـعة ، ولهذا يجبـر على القسمـة فيه) ش: هذا إيضـاح لقوله ، وإنما المقصود الإقرار ، لأن في الدار الواحدة المختلفة البيوت تقسم قسمة واحدة ، لأن في تفريقها إضرارًا ، بخلاف الدور حيث تقسم كل واحدة على حدة ، لا قسمة واحدة عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافًا لهما ، وقد مر في القسمة . م: (وعلى اعتبار الإفراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء ، وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قـدر ذرعان جميـعه مما وقع في نصيبـه ، إما لأنه عوضه كما ذكرناه) ش: أي في الجارية الموصي بها م: (أو لأن مراد الموصى من ذكر البيت التقدير به تحصيلاً لمقصوده ما أمكن ، إلا أنه يتعين البيت) .

إذا وقع في نصيبه جمعاً بين الجهتين التقدير والتمليك . وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير ، أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته ، فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد ، وفي العتق ولد حي . ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي، والدار مائة ذراع ، والبيت عشرة أذرع : يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم ، تسعة منها للورثة ، وسهم للموصى له ، وهذا عند محمد - رحمه الله- ، فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون ، فيجعل كل خمسة سهماً ، فيصير عشرة . وعندهما يقسم على أحد عشر سهماً ؛ لأن الموصى له يضرب

ش: قال تاج الشريعة : «إلا أنه يتعين» هذا جواب [عن] إشكال ، وهو أن يقال: ذكر البيت لما كان التقدير به ينبغي أن لا يجب وقع البيت نفسه إذا وقع في نصيب الموصي م: (إذا وقع في نصيبه جمعًا بين الجهتين) ش: إحداهما : م: (التقدير) ش: وهي فيما إذا وقع البيت في نصيب شريكه، والأخرى هي قوله م: (والتمليك) ش: يعني البيت .

م: (وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير ، أو لأنه) ش: أي أو لأن الموصي م: (أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين) ش: يعني في وقوعه في نصيب الشريك م: (والتمليك) ش: أي وأراد التمليك م: (بعينه على اعتبار الوجه الآخر) ش: يعني في وقوعه في نصيب الموصي ، ونظر لذلك بقوله: م: (كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته) ش: بأن قال: إذا ولدت أمتي فهو حر وأنت طالق م: (فالمراد في جزاء الطلاق) ش: أي في جزاء الطلاق م: (مطلق الولد) ش: حتى تطلق المرأة بولادة الولد كيف كان حيًا أو ميتًا .

م: (وفي العتق) ش: أي المراد في العتق م: (ولد حي) ش: لأن الميت ليس بمحل للطلاق ، حتى إذا ولدت ميتًا ثم ولدت حيًا يعتق الحي عند أبي حنيفة -رحمه الله تعالى - خلافًا لهما .

م: (ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع ، يقسم نصيبه) ش: أي نصيب الموصي ، وهو خمسون ذراعًا م: (بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم، تسعة منها) ش: أي من العشرة م: (للورثة) ش: أي لورثة البيت م: (وسهم للموصى له ، وهذا عند محمد - رحمه الله - ، فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت ، وهم) ش: أي الورثة يضربون م: (بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون ، فيجعل كل خمسة سهمًا فيصير عشرة) .

م: (وعندهما) ش: أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - : م: (يقسم) ش: أي نصيب الموصي بين الموصى له والورثة م: (على أحد عشر سهمًا ، لأن الموصى له يضرب

بالعشرة وهم بخمسة وأربعين ، فتصير السهام أحد عشر ، للموصى لها سهمان ، ولهم تسعة . ولو كان مكان الوصية إقرار ، قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد- رحمه الله- ، والفرق له : أن الإقرار بملك الغير صحيح ، حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له ، والوصية بملك الغير لا تصح ، حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ . قال : ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي ، فإن دفعه فهو جائز وله أن يمنع ؛ لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته . وإذا أجاز يكون تبرعاً منه أيضاً فله أن يمتنع من التسليم .بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة ؛ لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع

بالعشرة وهم) ش: أي الورثة م: (بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان، ولهم تسعة) ش: كذا قال فخر الإسلام البزدوي وغيره وفي «شرح الجامع الصغير» .

م: (ولو كان مكان الوصية إقرار) ش: يعني لو كان الدار بين شريكين فأقر أحدهما ببيت بعينه لواحد فيقسم الدار أولاً، فإن وقع البيت في نصيب المقر يسلم إلى المقر له. وإن وقع في نصيب الشريك يضرب المقر له فيما وقع في يد المقر مثل ذرع البيت . وكذلك لو أقر بطريق أو حائط . كذا في «الشامل» . وعند محمد - رحمه الله - : يضرب المقر له بنصف ذرع البيت .
م: (قيل : هو على الخلاف) ش: أي حكم الإقرار على الخلاف المذكور بين محمد وصاحبيه .

م: (وقيل : لا خلاف فيه لمحمد - رحمه الله -) ش: أي في حكم الإقرار، بل قول محمد فيه كقولهما . وجعل فخر الإسلام في «شرح الجامع الصغير» عدم الخلاف، وهو الأصح م: (والفرق له) ش: أي الفرق بين الوصية والإقرار لمحمد م: (أن الإقرار بملك الغير صحيح ، حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له ، والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه) ش: مثل الشراء والهبة والتمليك م: (ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ) .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي ، فإن دفعه إليه فهو جائز وله أن يمنع ؛ لأن هذا تبرع بمال الغير ، فيتوقف على إجازته . وإذا أجاز يكون تبرعًا منه أيضًا فله أن يمتنع من التسليم) ش: أي: ولصاحب المال أن يمتنع مما أجازه الموصي ولا يسلم، لأن هذا هبة من صاحب المال والهبة لا تتم بدون التسليم ، فإن وقع تمت الهبة وإلا فلا .

م: (بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة) ش: ثم أرادوا أن يمتنعوا من التسليم لا يكون لهم ذلك م: (لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه ، والامتناع

لحق الورثة ، فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي . قال : وإذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفاً ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان ، والقياس أن يعطيه نصف ما في يده ، وهو قول زفر-رحمه الله- ، لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف. وجه الاستحسان : أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقراً بثلث ما في يده . بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره ؛ لأن الدين مقدم على الميراث ، فيكون مقراً بتقدمه فيقدم عليه . أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء إلا أن يسلم للورثة مثلاه ، ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به أيضاً ، فيأخذ نصف ما في يده ، فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث . قال : ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولداً، وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له ؛ لأن الأم دخلت في الوصية

لحق الورثة ، فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي) .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م: (وإذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفًا ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده) ش: وهو سدس المال م: (وهذا استحسان) ش: وبه قال الشافعي وأحمد ومالك - رحمهم الله - . وقال الشافعي - رحمه الله- في وجه : يلزمه جميع ما في يده وخرجه صاحب «الحاوي» من القولين في الدين ليس شيء ، كذا في «الحلية» .

م: (والقياس أن يعطيه نصف ما في يده، وهو قول زفر - رحمه الله - ؛ لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف. وجه الاستحسان : أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما) ش: أي في أيدي الابنين م: (فيكون مقرًا بثلث ما في يده . بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره) ش: حيث يعطي جميع ما في يده م: (لأن الدين مقدم على الميراث، فيكون مقرًا بتقدمه فيقدم عليه) ش: وبه قال الشافعي في وجه. وقال الشافعي في الأصح : يلزمه في نصيبه ما يخصه وهو قول مالك وأحمد - رحمهما الله - لأن إقراره بهذه الجهة .

م: (أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء إلا أن يسلم للورثة مثلاه ، ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به أيضًا فيأخذ نصف ما في يده ، فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث) ش: فيكون شريك الورثة بالنصف لا بالثلث.

م: (قال) ش: أي القدوري م: (ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولداً وكلاهما) ش: أي الأم والولد م: (يخرجان من الثلث فهما للموصى له ؛ لأن الأم دخلت في الوصية

أصالة ، والولد تبعًا حين كان متصلاً بالأم ، فإذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل في الوصية ، فيكونان للموصى له . وإن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعاً في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله- . وقال أبو حنيفة- رحمه الله- : يأخذ ذلك من الأم ، فإن فضل شيء أخذه من الولد . وفي «الجامع الصغير » عين صورة ، وقال : رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولداً يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة ، فللموصى له الأم وثلث الولد عنده ، وعندهما : له ثلثا كل واحد منهما . لهما : ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعاً لحالة الاتصال فلا يخرج منها بالانفصال كما في البيع والعتق ، فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم ،

أصالة ، والولد) ش: دخل فيها م: (تبعًا حين كان متصلاً بالأم، فإذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل) ش: أي الولد م: (في الوصية ، فيكونان للموصى له) ش: يعني تكون الأم والولد للموصى له إذا ولد له قبل قسمة التركة .

وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : إن كانت حاملاً به حين الوصية، ويعلم ذلك بأن قلده لأقل من ستة أشهر منذ أوصى يدخل الولد في الوصية، ويكون للموصى له مع الأم . وقالا في وجه : لا حكم للحل في الوصية بكل حال فلا يدخل فيها على كل حال .

م: (وإن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - . وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : يأخذ ذلك من الأم ، فإن فضل شيء أخذه من الولد . وفي « الجامع الصغير » عين صورة) ش: أي عين محمد صورة بهذه المسألة .

م: (وقال : رجل له ستمائة درهم وأمة) ش: أي الموصي فولدت ولدًا أي وله أمة م: (تساوي ثلاثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات) ش: أي الموصي م: (فولدت ولدًا يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة) ش: أي قبل قسمة التركة م: (فللموصى له الأم وثلث الولد عنده) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله- م: (وعندهما : له ثلثا كل واحد منهما) ش: أي من الأم والولد .

م: (لهما) ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: (ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعًا لحالة الاتصال فلا يخرج منها) ش: أي عن الوصية م: (بالانفصال كما في البيع) ش: بأن باع الأمة الحامل م: (والعتق) ش: بأن أعتقها يدخل الحمل ويدخل الولد في البيع والعتق، ولا يخرج عنها بالانفصال ، فإذا كان كذلك م: (فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم) ش: في الأصالة وفي الولد تبعًا لاتصاله بالأم .

وله :أن الأم أصل والولد تبع فيه ، والتبع لا يزاحم الأصل ، فلو نفذنا الوصية فيهما جميعاً تنتقض الوصية في بعض الأصل ، وذلك لا يجوز، بخلاف البيع ؛ لأن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل ، بل يبقى تامًا صحيحاً فيه ، إلا أنه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض ، ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن كان فاسداً ، هذا إذا ولدت قبل القسمة ، فإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له ؛ لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله تعالى -: م: (**أن الأم أصل والولد تبع فيه**) ش: أي في الوصية على تأويل الإيصاء م: (**والتبع لا يزاحم الأصل**) ش: لأن الإيجاب تناول الأم قصداً ، ثم سرى حكم الإيجاب إلى الولد فلا يزاحم التبع الأصل، لعدم المساواة بينهما م: (**فلو نفذنا الوصية فيهما جميعًا تنتقض الوصية في بعض الأصل، وذلك لا يجوز ، بخلاف البيع**) ش: لأن فيه إبطال الأصل بالتبع ، بل يبقى تامًا صحيحًا فيه ، إلا أنه لا يقابله بعض الثمن، هذا جواب عما يقال : لا نسلم م: (**لأن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل ، بل يبقى تامًا صحيحًا فيه ، إلا أنه**) ش: لا يقابله وفي ذلك نقص له بحصته ، ووجهه إنما م: (**لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض**) ش: فإن العوض الواحد لا يقابل بعوضين، لكن لا يوجب ذلك النقض في البيع أصلاً .

م: (**ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن كان فاسداً ، هذا**) ش: أي دخول الولد في الوصية تبعًا م: (**إذا ولدت قبل القسمة**) ش: قبل قبول الموصى له م: (**فإن ولدت بعد القسمة**) ش: وبعد القبول م: (**فهو للموصى له ؛ لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة**) ش: وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة وبعد القبول فهو للموصى له ، لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة .

وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة ، ذكر القدوري: أنه لا يصير موصى له ، ولا يعتبر خروجه في الثلث كما لو ولدت بعد القسمة . ومشايخنا قالوا: يصير موصى به ويعتبر خروجه من الثلث، كما لو ولدت قبل القبول، ولو ولدت قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية وبقي على حكم ملك الميت ، لأنه لم يدخل تحت الوصية قصداً ولا سراية ، والكسب والولد في جميع ما ذكرنا . كذا في «الكافي» . وعند الشافعي وأحمد : لو انفصل قبل موت الموصي ومن حين الوصية إلى الانفصال أقل من ستة أشهر يدخل في الوصية من وجه .

***

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال : وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة ؛ لأن الإقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية عند صدوره . ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل الدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض ، إلا أن الثاني يؤخر عنه . بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث ، والهبة وإن كانت منجزة صورة

م: **(فصل في اعتبار حالة الوصية)**

ش:أي : هذا فصل في بيان اعتبار حالة الوصية ، ولما ذكر الحكم الكلي في الوصية شرع في بيان أحكام ما يتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف ، أن الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الأصول ، والأصلي مقدم على العارض .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة، لأن الإقرار ملزم بنفسه**) ش: فلا يتوقف على شرط زائد كتوقف الوصية إلى الموت ، فصح إقراره بالدين ، لأن إقراره حصل لأجنبية وهو معنى قوله م: (**وهي أجنبية عند صدوره**) ش: أي صدور الإقرار م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون الإقرار ملزم بنفسه من غير توقف على شرط م: (**يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين**) ش: بخلاف الوصية فإنها تمليك مضاف إلى الموت والمرأة عند الموت وارثة ولا وصية للوارث ، فالحديث على ما يأتي م: (**إذا كان**) ش: أي الإقرار م: (**في حالة الصحة أو في حالة المرض**) ش: يعني الإقرار لا يبطل بسبب الدين سواء كان في الصحة أو في المرض .

م: (**إلا أن الثاني**) ش: وهو الإقرار الواقع في المرض م: (**يؤخر عنه**) ش: أي عن الإقرار الواقع في الصحة ، حتى أن المال يصرف إلى ما أقر به في حالة الصحة ، فإن فضل منه شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض وإلا فلا . وعند ابن أبي ليلى والشافعي : الإقراران يستويان وقد مر في إقرار المريض .

م: (**بخلاف الوصية**) ش: بيان لقوله : وبطلت الوصية م: (**لأنها**) ش: أي لأن الوصية . وفي بعض النسخ : «لأنه» ، أي لأن الإيصاء م: (**إيجاب عند الموت وهي**) ش: أي المرأة م: (**وارثة عند ذلك**) ش: أي عند موت الموصي م: (**ولا وصية للوارث**) ش: بالحديث المذكور ، وفيما مضى م: (**والهبة**) ش: بالجبر عطف على قوله: بخلاف الوصية ، أي بخلاف الهبة الواقعة من المريض المذكور يعني لأنها لا تبطل م: (**وإن كانت منجزة**) ش: واصلة بما قبلها م: (**صورة**) ش: أي من

فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً لأن حكمها يتقرر عند الموت . ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق للتركة ، وعند عدم الدين تعتبر من الثلث . قال : وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله ، أما الهبة والوصية فلما قلنا : إنه وارث عند الموت. وهما إيجابان عنده أو بعده ، والإقرار وإن كان ملزماً بنفسه كما مر، ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار ، فيعتبر في إيراث تهمة الإيثار . بخلاف ما تقدم ؛ لأن سبب الإرث الزوجية وهي طارئة ، حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الإقرار لقيام السبب حال صدوره . قال: وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا ،

حيث الصورة ، يعني لا تتوقف على شيء بحسب الصورة م: (فهي) ش: أي الهبة م: (كالمضاف إلى ما بعد الموت حكمًا) ش: أي من حيث الحكم م: (لأن حكمها يتقرر عند الموت) ش: وأوضح ذلك بقوله : م: (ألا ترى أنها) ش: أي أن الهبة م: (تبطل بالدين المستغرق للتركة ، وعند عدم الدين تعتبر من الثلث) ش: لأنها تبرع بتقرر حكمه عند الموت ألا ترى أن من وهب عبدًا في مرض موته لأجنبي وما له غيره وسلم صحت الهبة وصارت للموهوب له ، فإذا مات من ذلك المرض وجب الفسخ من الثلثين للورثة . وفي الكل حقًا للغرماء أو صارت كالمتعلق بالموت .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) ش: أي الإقرار م: (أما الهبة والوصية فلما قلنا) ش: يعني في المسألة الأولى م: (إنه) ش: أي أن الابن م: (وارث عند الموت ، وهما) ش: أي الهبة والوصية م: (إيجابان عنده) ش: أي عند الموت م: (أو بعده) ش: أي بعد الموت م: (والإقرار وإن كان ملزماً بنفسه كما مر . ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار ، فتعتبر في إيراث تهمة الإيثار) ش: يعني صار باعتبار التهمة ملحقاً بالوصايا .

م: (بخلاف ما تقدم) ش: من الإقرار والهبة والوصية لامرأة م: (لأن سبب الإرث الزوجية كانت الزوجية وهي طارئة) ش: لأن الزوجية حصلت بعد الإقرار لها بدين فلا يبطل الإقرار م: (حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الإقرار لقيام السبب) ش: وهو الزوجية وقت الإقرار م: (حال صدوره) ش: أي صدور الإقرار ونظيرها من أقر لأخيّ وله ابن ثم هلك لابن ثم هلك المقر له وإرثة يبطل الإقرار للأخ لقيام سبب الإرث وهو الأخوة وقت الإقرار .

م: (قال) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: (وكذا) ش: يبطل الإقرار م: (لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق) ش: قبل الموت م: (لما ذكرنا) ش: وهو قيام المسبب للإرث وقت الإقرار

وذكر في كتاب الإقرار إن لم يكن عليه دين يصح ؛ لأنه أقر لمولاه وهو أجنبي ، وإن كان عليه دين لا يصح ؛ لأنه إقرار له وهو ابنه ، والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت . وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك في الحال وهو رقيق . وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح .قال : والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال ؛ لأنه إذا تقادم العهد صار طبعًا من طباعه . ولهذا لا يشتغل

م: **(وذكر)** ش: أي محمد -رحمه الله - م: **(في كتاب الإقرار إن لم يكن عليه)** ش: أي على العبد م: **(دين يصح)** ش: أي الإقرار م: **(لأنه أقر لمولاه)** ش: يعني يكون الإقرار لمولاه م: **(وهو أجنبي)** ش: أي والحال أنه أجنبي .

م: **(وإن كان عليه)** ش: أي على العبد م: **(دين لا يصح)** ش: أي الإقرار م: **(لأنه إقرار له)** ش: أي العبد م: **(وهو ابنه)** ش: أي والحال أنه ابنه م: **(والوصية باطلة لما ذكرنا)** ش: والذي ذكره فيما مضى ذكره هنا بقوله م: **(أن المعتبر فيها)** ش: أي في الوصية م: **(وقت الموت)** ش: لأنها تمليك مضاف إلى بعد الموت والعبد حينئذ وارث ولا وصية للوراث .

م: **(وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك في الحال وهو رقيق)** ش: فتكون الهبة للمولى فتصح م: **(وفي عامة الروايات هي)** ش: أي الهبة م: **(في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح)** ش: والتفصيل المذكور في العبد لا يتأتى في المكاتب ، لأن المولى لا يملك كسبه في الحالين .

م: **(قال)** ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: **(والمقعد والمفلوج)** ش: من فلجت الشيء فلجين أي شققته نصفين ، كذا في «المغرب» ، ومنه المفلوج لأنه ذهاب النصف . والفالج ذهاب الحس والحركة من أحد شقي البدن وسلامة الشق الآخرم: **(والأشل)** ش: من الشلل بالشين المعجمة وهو فساد في اليد يقال: شلت يده فشل ، ورجل أشل م: **(والمسلول)** ش: بالسين المهملة .

قال الجوهري : السلال بالضم السل ، يقال: أسله الله فهو مسلول من السول. وقال المطرزي: المسلول الذي سل انثياه، أي نزعت خصيتاه، وهذا لا يناسب هنا ، لأن الكلام فيما إذا تطاول المرض ولم يحل منه موت، والذي نزعت خصيتاه بعد تطاول الزمان لا يسمى مريضًا، وقال الأكمل : المسلول الذي به مرض السل ، وهو عبارة عن اجتماع المرة في الصدر وبعثها ، وقال الكاكي: قيل السل نوع من الدق م: **(إذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال ؛ لأنه إذا تقادم العهد صار طبعًا من طباعه ، ولهذا)** ش: أي وأجل ذلك م: **(لا يشتغل**

بالتداوي . ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كـمرض حادث . وإن وهبه عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صـاحب فراش ؛ لأنه يخاف منه الموت ، ولهـذا يتداوى فيكون مرض الموت . والله أعلم بالصواب .

بالتداوي) ش: ولأنه صار طبيعة فلا يحتاج إلى الدواء فكان حكمه حكم الأصحاء ، فيعتبر تصرفه في جميع المال ، ويصح إقراره للوارث .

م: (**ولو صار صاحب فـراش بعد ذلك المال فهو كـمرض حادث**) ش: إذا مات في أيامه يكون حكمه حكم المريض يعتبر تصرفه في ثلث المال ولا يصح إقراره للوارث م: (**وإن وهبه**) ش: أي الذي صار صاحب فراش بعد المال م: (**عندما أصـابه ذلك ومات من أيامـه فهو مـن الثلث إذا صار صاحب فـراش ، لأنه يخاف منه الموت ، ولهذا يتداوى فـيكون مرض الموت**) ش: يكون حكمه حكم المريض الذي مات فيه . والحامل إذا ضربها المخاض وهو الطلق يكون تبرعـها من الثلث ، وبه قال الشافعي والنخعي والأوزاعي والثوري ويحيى الأنصاري ومكحول وابن المنذر . وقال مالك وأحمد : إذا صار لها ستة أشهر عطيتها من الثلث ، وبه قال ابن المسيب وعطاء وقتادة . قال الحسن والزهري : عطيتها كعطية الصحيح ،وبه قال الشافعي في قول .

ولو اختلطت الطائفتان للقتال وكل منهما غير كافية للأخرى أو مقهورة في حكم مرض الموت ، وبه قال مالك وأحمد والأوزاعي والثوري، ونحوه عن مكحول إذا لم يختلطوا سواء كان بينهما رمي بالسهام أو لا . وعن الشافعي قولان : أحدهما : كقول الجماعة ، والثاني : ليس مخوف ، لأنه ليس بمرض .

وراكب البحر فإن كان ساكناً فليس مخوف ، وإن هبت الريح أو اضطرب البحر فهو مخوف . والأسير والمحبوس إذا كان من عادته القتل فهو خائف وإلا فلا ، وبه مالك وأحمد والشافعي في قول .

والمجذوم وصاحب حمى الربع ،وحمى العنب إذا صار صاحب فراش يكون في حكم المريض مرض الموت ، وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور والأوزاعي والثوري . وقال الشافعي : الأمراض الممتدة عطية من كل المال ، لأنه لا يخاف تعجيل الموت فيه ، وإن كان لا يبرأ كالمهر م: (**والله أعلم بالصواب**) .

***

باب العتق في مرض الموت

قال : ومن أعتق في مرضه عبداً أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز ، وهو معتبر من الثلث ، ويضرب به مع أصحاب الوصايا . وفي بعض النسخ : «فهو وصية » مكان قوله : «جائز» ، والمراد : الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب

م: (باب العتق في مرض الموت)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام العتق في المرض وفي بيان حكم الوصية بالعتق . ولما كان الإعتاق في المرض من أنواع الوصية ، لكن لما كان له أحكام مخصوصة ، أفرد بيانه على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (**ومن أعتق في مرضه أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز، وهو معتبر من الثلث ، ويضرب به مع أصحاب الوصايا**) ش: أو يضرب بالثلث كل واحد من هؤلاء الثلاثة وهو العبد المعتق في مرض الموت والمشتري من المريض الذي باع بالمحاباة والموهوب له مع ما يرى أصحاب الوصايا .

و المراد بضربهم بالثلث مع أصحاب الوصايا استحقاقهم في الثلث كما في سائر الوصايا، فإنهم يستحقون الثلث لا غير . وليس المراد أنهم يساوون أصحاب الوصايا في الثلث ويحاصونهم ، لأن المعتق المتقدم في المرض مقدم على الوصية بالمال في الثلث.

ألا ترى إلى ما ذكر الطحاوي في «مختصره» : ومن أوصى بوصايا في مرضه فأعتق عبداً له يدلي بالعتاق ، وأخرج من الثلث ، فإن فضل شيء كان لأهل الوصايا . وإن لم يفضل شيء فلا شيء لهم ، ثم العتق أن يكون مقدماً على سائر الوصايا إذا كان منفذاً في المرض أو معلقاً بالموت ، مثل أن يقول: إن حدث في حادث من هذا المرض فهو حر . فأما إذا أوصى بعتق عبده بعد موته بوقت فلا يبدأ بالعتق بل يكون هو وسائر الوصايا سواء .

وقال الفقيه أبو الليث : إذا أوصى بعتق عبده بعد موته وأوصى لآخر بألف فالثلث بينهما بالحصص ولا يبدأ بالعتق لأن الوصية بالعتق يحتمل النقص والرد ، فصار حكمه حكم سائر الوصايا . ألا ترى أنه لو ظهر على الميت دين فإن العبد تبطل وصيته م: (**وفي بعض النسخ**) ش: أي في بعض نسخ القدوري م: (**«فهو وصية» مكان قوله: «جائز»**) ش: وقال الأترازي - رحمه الله - ورأيت في نسخة نقية مكتوبة في سنة خمس وعشرين وخمسمائة : ، فذلك كله وصية معتبرة من الثلث ، وقال الكاكي : وقال صاحب «المجتبى»: والأول أصح ، لأن هذا أول باعتباره من الثلث م: (**والمراد**) ش: من قوله : وهو وصية م: (**الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا**

الوصايا لا حقيقة الوصية . لأنها إيجاب بعد الموت ، وهذا منجز غير مضاف ، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة . وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية ؛ لأنه يتهم فيه كما في الهبة . وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث ، وإن أوجبه ، في حالة صحته اعتباراً بحالة الإضافة دون حالة العقد ، وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد، فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال ، وإن كان مريضاً فمن الثلث ، وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة ، لأن بالبرء تبين أنه لا حق لأحد في ماله ، قال: وإن حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة - رحمه الله .

حقيقة الوصية لأنها) ش: أي الوصية م: **(إيجاب بعد الموت ، وهذا منجز غير مضاف، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة . وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه ، كالضمان والكفالة في حكم الوصية)** ش: إنما غاير بين الضمان والكفالة بحرف العطف ، لأن الضمان أعم من الكفالة فإن من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال للأجنبي خالعها على ألف على أني ضامن. أو قال : بع هذا العبد من فلان بألف على أني ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الألف كان بدل بالخلع على الأجنبي دون المرأة ، والخمسمائة على الضامن دون المشتري ، كذا في «شرح الأقطع» م: **(لأنه)** ش: أي لأن المريض متهم م: **(يتهم فيه)** ش: أي في إيجابه على نفسه م: **(كما في الهبة)** ش: أي كما يتهم .

م: **(وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث ، وإن أوجبه)** ش: وإن كان الإيجاب في حالة الصحة ، أي وإن كان واقعاً م: **(في حال صحته اعتباراً)** ش: أي لأجل الاعتبار م: **(بحال الإضافة)** ش: يعني الاعتبار فيه حال الإضافة م: **(دون حال العقد)** ش: لأنه علقه بحال تعلق حق الورثة فيه بالمال ، فكان المعتبر فيه حال الإضافة لا حال الإيجاب م: **(وما نفذه)** ش: وما نجزه في الحال م: **(من التصرف)** ش: ولم يضفه إلي ما بعد الموت م: **(فالمعتبر فيه حالة العقد)** ش: كالإعتاق والهبة .

م: **(فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال ، وإن كان مريضًا)** ش: أي فهو يكون م: **(فمن الثلث، وكل مرض صح منه)** ش: أي من مرضه م: **(فهو كحال الصحة ، لأن بالبرء تبين أنه لا حق لأحد في ماله)** ش: لأن حق الغريم والوارث إنما يتعلق بمرض الموت ، وبالبرء ظهر أنه ليس بمرض الموت .

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(وإن حابى ثم أعتق)** ش: صورته رجل باع في مرضه عبداً وحابى بأن باعه بألف وهو يساوي ألفين م: **(وضاق الثلث عنهما)** ش: أي عن المحاباة والعتق م: **(فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة -رحمه الله -)** ش: حتى يسع العبد في جميع قيمته ، وبه قال

وإن أعتق ثم حابى فهما سواء وقالا : العتق أولى في المسألتين . والأصل فيه : أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الموقع في المرض ، والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح ، والمحاباة في البيع إذا وقعت في المرض ؛ لأن الوصايا قد تساوت ، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق . وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا ؛

مالك. ثم العتق يعتبر من الثلث عند الجمهور إلا ما حكي عن مسروق : أنه يعتبر من رأس المال وهو قول شاذ مخالف للأثر .

م: (**وإن أعتق ثم حابى فهما**) ش: أي قوله أي هذه . . . إلخ ، ولفظ الشارح على «الكنز» فإن حابى محرر ، أي المحاباة أحق من التحرير بعكسه أي وبعكس الحكم المذكور وهو أن يعتق أولاً ثم يحابي استويا ، أي العتق والمحاباة ، وهذا عند أبي حنيفة- رحمه الله - هذه والتي قبلها م: (**سواء**) ش: عند أبي حنيفة .

م: (**وقالا: العتق أولى في المسألتين**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد ، وهو قول الزهري والنخعي والثوري وقتادة وإسحاق ، وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية : يستوي بين كل الوصايا م: (**والأصل فيه**) ش: أي في هذا الباب م: (**أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث**) ش: مثل أن يوصي بالربع رالسدس م: (**فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض**) ش: بلا خلاف بين العلماء .

وفي« المبسوط » : أوصى بثلث ماله لرجل ولآخر بسدسه ولآخر بربعه فأجازت الورثة يأخذ كل حقه كاملاً ، لأن في المال وفاء ، ولو لم يجز وضرب كل واحد منهم في الثلث بوصيته فتكون القسمة بينهم على طريق العول بالاتفاق ، لأن الوصايا كلها وقعت في الثلث واستوت في القوة ، فيضرب كل بجميع حقه.

م: (**إلا العتق الموقع في المرض**) ش: هذا استثناء من قول لا يقدم ، أي المعجز لا العوض إلى إعتاق الورثة ، مثل أن يقول : اعتقوه م: (**والعتق المعلق بموت الموصى**) ش: مثل أن يوصي بعتقه بعد موته م: (**كالتدبير الصحيح**) ش: مثل أن يقول الرجل للمملوك: أنت حر بعد موتي أو أنت حر إذا مت أو إن مت ، واحترز بالصحيح عن التدبير الفاسد ، كما إذا قال أنت حر بعد موتي بيوم أو بشهر ، فإنه لا يكون مقدمًا على سائر الوصايا ، بل هو وسائر الوصايا سواء م: (**والمحاباة**) ش: بالرفع عطف على قوله: إلا العتق الموقع في المرض م: (**في البيع إذا وقعت في المرض ، لأن الوصايا قد تساوت**) ش: تعليل لقوله لا يقدم البعض على البعض م: (**والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الأستحقاق ، وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً**) ش: وهو

لأنه أقوى ، فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه ، وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي . وإذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا ، ولا يقدم البعض على البعض . لهما في الخلافية : أن العتق أقوى ؛ لأنه لا يلحقه الفسخ ، والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر ؛ لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت . وله : أن المحاباة أقوى ؛ لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة ، فكان تبرعاً بمعناه لا بصيغته ، والإعتاق تبرع صيغة ومعنى .

العتق الموقع في المرض م: **(لأنه أقوى ، فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره)** ش: أي غير العتق المنفذ م: **(يلحقه)** ش: أي الفسخ من جهة الموصي ، لأنه يصح الرجوع عنه . ولا يصح الرجوع في العتق .

م: **(وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي)** ش: لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة ومن قضية المعاوضة اللزوم ، فلزمة الوصية التي في ضمنها بمنزلة العتق م: **(وإذا قدم ذلك)** ش: أي العتق م: **(فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما)** ش: أي من سوى العتق المذكور ، والذي له م: **(من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض)** ش: بل يكون بينهم على قدر وصاياهم .

م: **(لهما)** ش: أي لأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - م: **(في الخلافية)** ش: وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق: م: **(أن العتق أقوى ، لأنه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها)** ش: أي الفسخ م: **(ولا معتبر بالتقديم في الذكر ، لأنه)** ش: أي لأن التقديم في الذكر م: **(لا يوجب التقديم في الثبوت)** ش: كما إذا أوصى لفلان ولفلان بالثلث لا يكون المقدم بالذكر مقدما على غيره ، بل يكون الثلث بينهم أثلاثًا ، كذا فيما نحن فيه لا يكون المحاباة أولى بالتقديم في الذكر .

م: **(وله)** ش: أي ولأبي حنيفة -رضي الله تعالى عنه - م: **(أن المحاباة أقوى لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة)** ش: لأنها حصلت في البيع والبيع عقد ضمان ، لأن المبيع مضمون عليه يطالب بتسليم المبيع ، فصارت المحاباة بمنزلة الدين .

م: **(فكان)** ش: أي البيع بالمحاباة م: **(تبرعاً بمعناه)** ش: يعني من حيث المعنى م: **(لا بصيغته)** ش: أي لا من حيث صيغته ، فإن البيع بالمحاباة عقد تجارة ، حتي يجب للشفيع الشفعة ، فالشفعة تخصيص بالمعاوضات ، ولهذا إن البيع بالمحاباة يصح من العبد المأذون والصبي المأذون والمرض لا يلحقه الحجرعن التجارة م: **(والإعتاق تبرع صيغة ومعنى)** ش: لا تجارة فيه .

فإذا وجدت المحاباة أولاً دفع الأضعف ، وإذا وجد العتق أولاً وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة، وعلى هذا قال أبو حنيفة -رحمه الله-: إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق ؛ لأن العتق مقدم عليها فستويان. ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة نصفين . وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى بكل حال . قال : ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة - رحمه الله- ، وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه

م: (**فإذا وجدت المحاباة أولاً دفع الأضعف وإذا وجد العتق أولاً وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة**) ش: يعني لما وجد العتق أولاً ثم وجدت المحاباة لم ترفع المحاباة لقوة العتق الذي نفذ في الثلث، لأنه لا يحتمل الرفع . ولما ثبت كل واحد من الحقين ثبتت المزاحمة ضرورة، فيكونان سواء م: (**وعلى هذا**) ش: أي: وعلى هذا الأصل م: (**قال أبو حنيفة -رحمه الله - : إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما**) ش: في وقوعهما في ضمن عقد المعاوضة .

م: (**ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة**) ش: من نصف الثلث م: (**قسم بينها وبين العتق ؛ لأن العتق مقدم عليها فيستويان ، ولو أعتق**) ش: أولاً م: (**ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة نصفين ، وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني**) ش: لتخاسرهما م: (**وعندهما العتق أولى بكل حال**).

ش: فإن قلت ينبغي أن تقدم المحاباة الأولى على الثانية ، لأن الأولى تقدم على العتق عنده والأخيرة من المحاباتين يساوي العتق عنده ، وما قدم على أحد المتساويين يتقدم على المتساوي الآخر .

قلت : دل الدليل على تساوي المتحابين ، لأنهما من جنس واحد والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق. ولهذا لو وجدنا متفاضلين متساويين ودل الدليل على تقدم الأول ما ذكرنا ، فعملنا بهما ، وقلنا بالتساوي بين المتحابين عملاً بالدليل الأول ، ثم ما أصاب الأخيرة يقسم بينهما وبين العتق بالدليل الثاني ، فيكون عملاً بالدليلين بقدر الإمكان .

م: (**قال**) ش: أي محمد في« الجامع الصغير»: م: (**ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه**

بما بقي من حيث يبلغ ، وإن لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة . وقالا :يعتق عنه بما بقي ؛ لأنه وصية بنوع قربة ، فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج ؛ وله : أنه وصية بالعتق لعبد يشتري بمائة ، وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له ، وذلك لا يجوز . بخلاف الوصية بالحج ، لأنها قربة محضة ، وهي حق لله تعالى ، والمستحق لم يتبدل ، ففصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي إليه . وقيل : هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه ، وهو أن العتق حق لله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق . وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى ، فاختلف المستحق ، وهذا أشبه . قال : ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبداً قيمته مائة درهم ، وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء ؛ لأن العتق في مرض الموت . وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها تجوز بإجازة الورثة لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه .

بما بقي من حيث يبلغ ، وإن لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة ، وقالا: يعتق عنه بما بقي، لأنه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج) ش: وهو قياس قول الأئمة الثلاثة ، ولو فضل شيء من الحج يصرف أي الحج ولا يرد إلى الورثةعند الثلاثة .

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة م: (أنه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذاً لغير الموصى له ، وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج ؛ لأنها قربة محضة وهي حق لله تعالى ، والمستحق لم يتبدل ، فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي إليه ، وقيل : هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه ، وهو أن العتق حق لله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى ، فلم يتبدل المستحق وعنده) ش: أي وعند أبي حنيفة -رحمه الله - م: (حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى ، فاختلف المستحق ، وهذا أشبه) ش: أي كون هذا الخلاف في عتق القسمة بناء على أن العتق حق الله عز وجل ، أو حق المملوك أشبه بالصواب ، لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده .

فيحلف المستحق إذا هلك منه شيء وتبطل الوصية يرد المائة إلى ورثته ، كذا قاله الأكمل .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبداً قيمته مائة درهم وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء ؛ لأن العتق في مرض الموت . وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها تجوز بإجازة الورثة ؛ لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه) ش: فصار كما إذا أوصى لرجل بنصف ماله فأجازه الورثة سلم ذلك للموصى له ، فكذا هذا .

قال : ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية ؛لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي ، فكذلك على حق الموصى له ، لأنه يتلقى الملك من جهته ، إلا أن ملكه فيه باق ، وإنما يزول بالدفع ، فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية ، كما إذا باعه الموصي أو وارثه بعد موته ، فإن فداه الورثة كان الفداء في مالهم ؛ لأنهم هم الذين التزموه وجازت الوصية ؛ لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء، كأنه لم يجن فتنفذ الوصية . وقال : ومن أوصى بثلث ماله لآخر فأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد ، فقال الموصى له: أعتقه في الصحة . وقال الوارث: أعتقه في المرض ، فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له، إلا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة ؛ لأن الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق ؛ لأن

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» م: (ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية، لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي ، فكذلك على حق الموصى له ؛ لأنه يتلقى الملك من جهته) ش: أي لأن الموصى له يتلقى الملك من جهته م: (إلا أن ملكه فيه باق) ش: منه استثناء من قوله لما أن حق ولي الجناية مقدم في العبد، مع أن حق المولى مقدم معناه : أن الملك للموصى في العبد باق مع أن حق المولى مقدم .

م: (وإنما يزول بالدفع) ش: فما لم يدفع يبقي حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الوارث لا يعتق عليه، كما إذا كان العبد أخًا لامرأة الموصي مثلاً ، وإنما يبقى ملكه فيه إلى أن يستغني عن حاجة فيه ، لأن ملك الورثة بسبيل الخلافة فما لم يستغن الأصل عن حاجة لا تثبت الخلافة .

م: (فإذا خرج) ش: أي الدفع م: (به عن ملكه بطلب الوصية كما إذا باعه الموصي أو وارثه) ش: أي أو باع وارثه م: (بعد موته) ش: بأن يظهر على الميت دين وقد أوصى بعتق العبد يقع العبد بدينه م: (فإن فداه الورثة كان الفداء في مالهم) ش: أي كانوا متبرعين فيما فدوه به م: (لأنهم هم الذين التزموه وجازت الوصية ، لأن العبد طهر) ش: بالطاء المهملة من الطهارة م: (عن الجناية بالفداء، كأنه لم يجن فتنفذ الوصية) .

م: (قال) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: (ومن أوصى بثلث ماله لآخر فأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له: أعتقه في الصحة ، وقال الوارث: أعتقه في المرض ، فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له ، إلا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له) ش: أي للموصى له م: (البينة أن العتق في الصحة ، لأن الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق ؛ لأن

العتق في الصحة ليس بوصية ، ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر؛ لأن مدعاه العتق في المرض وهو وصية ، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال ، فكان منكراً والقول قول المنكر مع اليمين . ولأن العتق حادث ، والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها ، فكان الظاهر شاهداً للوارث فيكون القول قوله مع اليمين ، إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد ؛ لأنه لا مزاحم له فيه أو تقدم له البينة أن العتق في الصحة ؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة ، وهو خصم في إقامتها لإثبات حقه . قال : ومن ترك عبداً فقال للوارث : أعتقني أبوك في الصحة ، وقال رجل : لي على أبيك ألف درهم فقال : صدقتما فإن العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة - رحمه الله-. وقالا: يعتق ولا يسعى في شيء ؛ لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا معاً بتصديق الوارث في كلام واحد ، فصارا كأنهما كانا معًا ، والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين .

العتق في الصحة ليس بوصية ، ولهذا ينفذ من جميع المال ، والوراث ينكره ،لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال ، فكان) ش: أي الوارث م: (منكراً ، والقول قول المنكر مع اليمين) .

م: (ولأن العتق حادث ، والحوادث تضاف إلي أقرب الأوقات للتيقن بها) ش: أي بأقرب الأوقات ، وأقرب الأوقات وقت المرض م: (فكان الظاهر شاهداً للوارث ، فيكون القول قوله مع اليمين) ش: .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله - : م: (إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لأنه لا مزاحم له فيه ، أوتقوم له البينة أن العتق في الصحة ؛ لأن الثابت كالثابت معاينة ، وهو خصم في إقامتها لإثبات حقه) ش: قال الكاكي: هذا جواب عن إشكال وهو أن الدعوى في العتق شرط لإقامة البينة عدة ، فكيف تصح إقامة البينة من غير خصم ؟ فقال: هو خصم في إقامة البينة في إثبات حقه . وقال فخر الإسلام : يجب أن يستخلف الوارث إن لم يقم بينة الموصى له بالثلث .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (ومن ترك عبداً فقال للوارث: أعتقني أبوك في الصحة ، وقال رجل: لي علي أبيك ألف درهم فقال: صدقتما فإن العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة- رحمه الله - . وقالا : يعتق ولا يسعى في شيء ؛ لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا معاً بتصديق الوارث في كلام واحد ، فصار كأنهما كانا معاً . والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين) .

وله : أن الإقرار بالدين أقوى لأنه يعتبر من جميع المال ، والإقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والأقوى يدفع الأدنى فقضيته أن يبطل العتق أصلاً ، إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية ، ولأن الدين أسبق ؛ لأنه لا مانع له من الإسناد ، فيسند إلى حالة الصحة ، ولا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة ؛ لأن الدين يمنع العتق في حالة المرض مجاناً ، فتجب السعاية . وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل : لي على الميت ألف درهم دين وقال الآخر: كان لي عنده ألف درهم وديعة ، فعنده الوديعة أقوى ، وعندهما سواء .

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة م: (أن الإقرار بالدين أقوى ؛ لأنه يعتبر من جميع المال والإقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث ، والأقوى يدفع الأدنى فقضيته) ش: أي قضية هذا المذكور بالوجه المذكور م: (أن يبطل العتق أصلاً) ش: لأن إسناد الإقرار بالعتق إلى الصحة إنما يصح إذا لم يوجد المانع من الإسناد وقد وجد المانع وهو أن ينقل الدين قرينة منع الإسناد إلى حالة الصحة ، فاقتصر العتق على حالة المرض .

فعلى هذا كان ينبغي م: (إلا أنه) ش: أي أن العتق م: (بعد وقوعه لا يحتمل البطلان ، فيدفع من حيث المعنى) ش: لا من حيث الصورة م: (بإيجاب السعاية) ش: على العبد، ويقضى به الدين.

م: (ولأن الدين أسبق ؛ لأنه لا مانع له من الإسناد فيسند إلى حالة الصحة ، ولا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة ؛ لأن الدين يمنع العتق في حالة المرض مجاناً ، فتجب السعاية . وعلى هذا الخلاف) ش: المذكور م: (إذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل: لي على الميت ألف درهم دين ، وقال الآخر: كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده) ش: أي فعند أبي حنيفة م: (الوديعة أقوى، وعندهما سواء) ش: أي الدين والوديعة سواء .

وفي عامة الكتب نحو «المنظومة» و«شروحها» و«الكافي» ذكروا الخلاف على عكس ما ذكر صاحب «الهداية» .

وقال الكاكي : والأصح ما ذكر فيها .

وقال الأترازي: جعل صاحب «الهداية» و«الوديعة» أقوى عند أبي حنيفة ، وجعل الدين والوديعة سواء عند صاحبيه والكبار قبل صاحب الهداية ذكروا الخلاف على عكس هذا .

ونقل عن الكافي للحاكم الشهيد بعد أن ذكر صورة قال أبو حنيفة : الألف بينهما

....

نصفان، وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله-: صاحب الوديعة أولى، ونقل هكذا عن الفقيه أبي الليث، ونقل أيضًا عن القدوري أنه ذكر في «التقريب» هكذا.

وكذا نقل عن المنظومة من كتاب الإقرار في باب [. . .] أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه لو ترك ألفًا وهذا يدعي ديناً وذاك قال: هذا مدعي والابن قد صدق هذين معاً استويا وأعطيا من ادعى والله أعلم.

* * *

فصل

قال : ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض مهما قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات ؛ لأن الفريضة أهم من النافلة ، والظاهر منه البداءة بما هو الأهم . فإن تساوت في القوة بدىء بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث ؛ لأن الظاهر أنه يبتدأ بالأهم . وذكر الطحاوي - رحمه الله -: أنه يبتدأ بالزكاة ويقدمها على الحج ، وهو إحدى

م: (فصل)

ش:أي هذا فصل في بيان الوصايا إذا ضاق عنها الثلث .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى**) ش: من زكاة أو صلاة أو صوم أو حج أو فطر أو كفارة ونحو ذلك م: (**قدمت الفرائض مهما قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات ؛ لأن الفريضة أهم من النافلة ، والظاهر منه**) ش: أي من الموصي م: (**البداءة بما هو الأهم**) ش: وقال الشافعي وأحمد: ديون الله وديون العباد يتخاصان ، وبه قال أصحاب الظاهر وأبو ثور وإسحاق وأبو سليمان ، وهو قول الحسن وعطاء وابن المسيب والثوري . وقال الشافعي في قول: ديون الله تقدم .

وقال مالك: يبدأ بالعتق في المرض ثم التدبير ثم بعدها الزكاة المفروضة ثم عتق عبد بعينه أو صبي بأن يشترى فيعتق ثم الكتابة ، أي بوصيته بالكتابة لعبد ثم أداء الحج ثم الإقرار بالدين لمن لا يجوز إقراره أو عتق رقبته عن ظهار أو قبل يخلص رقبة الظهار مع رقبة العبد . ثم الموصى به الكفارة يمين ثم بالأطعام على ما فرط من قضاء رمضان ثم النذر .

م: (**فإن تساوت**) ش: أي الوصايا م: (**في القوة**) ش: بأن كانت كلها فرائض أو نوافل كالجسور والرباطات والمساجد م: (**بدئ بما قدمه الموصى إذا ضاق عنها الثلث ؛ لأن الظاهر أنه يبتدأ بالأهم**) ش: وقال الكرخي في «مختصره»: قال هشام عن محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - : من الحج والصدقة والعتق وغير ذلك فأوصى رجل فكان الثلث يبلغ ذلك كله . فإن كان كله تطوعًا بدئ بالأول فالأول مما نطق به حتى يأتي على آخره أو ينقضي الثلث فيبطل ما بقي ، وكذلك إن كانت الوصايا كلها فريضة بدئ بالأول حتى يكون النقصان على الآخر ، وإن كان بعضه فريضة وبعضه تطوعًا بدئ بالفريضة وإن أخرها . وإن كان بعضه تطوعاً وبعضه شيء أوجب على نفسه بدئ بالذي أوجبه على نفسه ، وإن كان قد أخره ، وقال هشام: إلى هنا قولهم جميعاً .

م: (**وذكر الطحاوي -رحمه الله - أنه يبتدأ بالزكاة ويقدمها على الحج وهو إحدى الرروايتين عن**

الروايتين عن أبي يوسف - رحمه الله -. وفي رواية عنه: أنه يقدم الحج ، وهو قول محمد - رحمه الله -وجه الأولى: أنهما وإن استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد ، فكان أولى. وجه الأخرى : أن الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصراً عليه ، فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة إذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت

أبي يوسف - رحمه الله -في رواية عنده أنه يقدم الحج وهو قول محمد- رحمه الله - وجه الأولى) ش: أي الرواية الأولى م: **(أنهما)** ش: أي إن الحج والزكاة م: **(وأن استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى. وجه الأخري)** ش: أي الرواية الأخرى م: **(أن الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصراً عليه ، فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات)** ش: طريقان أي لمزية الكفارة والحج عليهما **(لمزيتها عليها في القوة)** أي على الكفارات **(إذ قد جاء فيهما)** أي في الزكاة والحج م: **(من الوعيد ما لم يأت في الكفارات)** ش: قال الله تعالى **﴿والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها ﴾** (سورة التوبة: الآية ٢٤).

وروى ابن ماجه عن ابن مسعود -رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«ما من أحد لا يؤدي زكاة ماله إلا مثل له يوم القيامة شجاعاً أقرعًا حتى يطوق عنقه»** ، ثم قرأ علينا النبي ﷺ **﴿ولا تحسبن الذين يبخلون بما آتاهم الله من فضله ...﴾** الآية، ورجاله رجال الصحيح[(١)] وقال ﷺ : **«من مات وعليه حجة الإسلام إن شاء مات يهودياً وإن شاء نصرانيًا وإن شاء مجوسياً»**[(٢)] انتهى هذا الحديث ، ذكره الكاكي في «شرحه» هكذا، والترمذي أخرجه من حديث علي رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ : **«من ملك زاداً وراحلة تبلغه إلي بيت الله ولم يحج فلا عليه أن يموت يهوديًا أو نصرانيًا »** . وفي إسناده هلال بن عبد الله مجهول ، والحارث ضعيف ، وقال الترمذي: حديث غريب[(٣)] .

ورواه الدارمي من حديث أبي أمامة وفيه: **«فليمت إن شاء يهودياً أو نصرانياً»** وروى ابن عدي في« الكامل » عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ : **« من مات ولم يحج حجة الإسلام في غير وجع حابس أو حاجة ظاهرة أو سلطان جائر فليمت أيَّ الملتين شاء إما يهودياً وأما نصرانياً »**،

---

(١) صحيح : رواه ابن ماماجه (١٧٨٤) عن محمد بن أبي عمر العدني ثنا سفيان بن عيينة عن عبد الملك بن أعين، وجامع بن أبي راشد سمع شقيق بن سلمة يخبر عن عبد الله بن مسعود . . مرفوعاً.

(٢) رواه الدارمي (٢/ ٤٥) ، (١٧٨٥) عن شريك عن ليث عن عبد الرحمن بن سابط عن أبي أمامة . . مرفوعاً، ورواه ابن أبي شيبة عن سلام بن سليم عن ليث عن عبد الرحمن بن سابط . . مرسلاً . وعزاه صاحب «التنقيح » لأحمد فقال : هكذا رواه أحمد من حديث الثوري وابن علية عن عليث مرسلاً وهو الصحيح . قلت : والمرسل ضعيف أيضاً ؛ فيه ليث وهو ضعيف .

(٣) ضعيف : قاله الألباني ، الترمذي(٨١٦/ ١٣٢رقم الضعيف) . وعلته الحارث الأعور وهو ضعيف ، وهلال ابن عبد الله وهو مجهول .

في الكفارات والكفارات في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر ؛ لأنه عرف وجوبها دون صدقة الفطر ، وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للإنفاق على وجوبها بالقرآن . والاختلاف في الأضحية ، وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض . قال : وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا . وصار كما إذا صرح بذلك ، قالوا : إن الثلث يقسم جميع الوصايا ما كان لله تعالى ، وما كان للعبد فما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه، ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة ؛ لأنه إن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالي، فكل واحدة في نفسها مقصود فتنفرد كما تنفرد وصايا

وفي سنده عبد الرحمن بن القطان . قال الفلاس : كان كذاباً، انتهى فهذا كما ترى **ليس في شيء منه : «وإن شاء مجوسياً»** ، مع أن حال الحديث كما رأيته .

م: (**والكفارات في القتل والظهار واليمين مقدمه على صدقة الفطر ، لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**عرف وجوبها**) ش: أي وجوب الكفارات الثلاثة م: (**دون صدقة الفطر**) ش: فإن وجوبها بالأخبار وترك كفارة الإفطار ، لأنها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد ، وثبوت صدقة الفطر بآثار مستفيضة م: (**وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن**) ش: أي وجوب صدقة الفطر م: (**والاختلاف في الأضحية**) ش: فإنها غير واجبة عند الشافعي والأضحية مقدمة على النوافل ، لأنها واجبة عندنا م: (**وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض**) ش: كالعشر مع الخراج ، فإن العشر مقدم على الخراج وصدقة الفطر تقدم على النذر ، وتكون صدقة الفطر واجبة بإيجاب الشرع والنذر بإيجاب العبد .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى لما بينا**) ش: أشار به إلى قوله لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم م: (**وصار كما إذا صرح بذلك**) ش: وقال : «**ابدأو بما بدأت واجبة**» ، ولو قال كذلك لزمه تقديم ما قدم ، فكذا هنا ، وهو ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أصحابنا : أنه يبدأ بالأفضل فالأفضل، يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق مثلاً سواء رتب هذا الترتيب أو لم يرتب .

م: (**قالوا**) ش: أي المشايخ م: (**إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى ، وما كان للعبد فما أصاب القرب**) ش: بضم القاف وفتح الراء جمع قربة بضم القاف وسكون الراء ، وهو ما يتقرب به إلى الله تعالى من الأعمال الصحيحة م: (**صرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه**) ش: أي فيما مضى في هذا الفصل م: (**ويقسم على عدد القرب ، ولا يجعل الجميع كوصية واحدة ؛ لأنه إن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى ، فكل واحدة في نفسها مقصود فتنفرد كما تنفرد وصايا**

الآدمين . قال : ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج راكباً ؛ لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده ، ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده ، والوصية لأداء ما هو واجب عليه ، وإنما قال: « راكباً » لأنه لا يلزمه أن يحج

الآدمين).

ش: فإن قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ، ولزيد يقسم على أربعة أسهم لما ذكره المصنف بقوله : لأنه إن كان المقصود إلى آخره . وفي «تحفة الفقهاء» : إذا كان مع الوصايا الثانية لحق الله تعالى الوصية للآدمي ، فإن الموصى له يضرب مع الوصايا في القرب ، ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب ، ولا يجعل كلها جهة واحدة ويقدم الفرض على حق الآدمي لحاجة العبد .

ثم إنه يصرف الثلث إلى الحج الفرض والزكاة ، والكفارات ، إذا أوصى بها فأما بدون الوصية فلا يصرف الثلث إليها ، بل يسقط عندنا خلافًا للشافعي ، وإذا أوصى يعتبر من الثلث لتعلق حق الورثة بماله في مرض الموت .

وفي « شرح الطحاوي » : وإن كان ثلث ماله يحتمل جميع ما أوصى به ، فإنه ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله ، وإن كان ثلث ماله لا يحتمل جميع ذلك ، فإن أجازت الورثة فكذلك وإن لم تجز الورثة فإنه ينظر إن كانت وصاياه كلها للعباد ، فإنهم يضاربون بالثلث بينهم بالحصص .

فإن كانت وصاياه كلها لله تعالى فإنه ينظر إن كان كلها فرائض يبدأ بما بدأ به ، وإن كانت كلها واجبات فإنه يبدأ بما بدأ به أيضًا . وكذلك كلها تطوعًا فإن كان بعضها فرائض وبعضها واجبات ، وبعضها تطوع فإنه يبدأ بالفرائض أولاً . وإن كان أخرها ثم بدأ بالواجبات ثم بالنوافل ، وإن جمع هذه الوصايا كلها فإنهم يتضاربون في الثلث بوصاياهم ، فما أصاب العباد فهو لهم ولا يقدم بعضهم على بعض ، وما كان لله بجميع ذلك كله فيبدأ منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم بالتطوع .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج راكبًا**) ش: وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول ، وقال في قول : من الميقات م: (**لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده ، ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده ، والوصية لأداء ما هو واجب عليه ، وإنما قال راكبًا لأنه لا يلزمه أن يحج**) ش: لأن الموصي لم يكن يجب عليه الحج إذا لم يقدر على الراحلة ، وإنما يجب عليه إذا قدر على الراحلة ، فإذا وجب الحج راكبًا يلزم الأداء على الذي

ماشياً فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه . قال : فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ . وفي القياس: لا يحج عنه ؛ لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه ، غير أنا جوزناه ؛ لأنا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية ، فيجب تنفيذها ما أمكن ، والممكن فيه ما ذكرناه ، وهو أولى من إبطالها رأساً ، وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل . قال : ومن خرج من بلده حاجاً فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة ، وهو قول زفر-رحمه الله- . وقال أبو يوسف ومحمد-رحمهما الله- : يحج عنه من حيث بلغ استحسانًا ، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق .

يحج عنه كذلك راكبًا .

وقال أبو الليث في كتاب « نكت الوصايا » : ذكر هشام عن محمد أنه قال: لو أن إنسانًا قال : أنا أحج عنه من منزله بهذا المال م: (**ماشيًا فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه**) ش: لا يعطى له ذلك ويحج عنه من حيث يبلغ راكبًا . وأجاب في « الواقعات » المأمور بالحج له أن يحج ماشيًا فالحج عن نفسه ويضمن النفقة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ**) ش: أي النفقة ، وبه قال أحمد م: (**وفي القياس: لا يحج عنه ؛ لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير أنا جوزناه ، لأنا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية ، فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه**) ش: وهو الإحجاج عنه من حيث تبلغ النفقة م: (**وهو أولى من إبطالها رأسًا**) ش: أي تنفيذ الوصية بقدر الإمكان أولى من إبطالها بالكلية م: (**وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق**) ش: أراد الفرق الذي على قول أبي حنيفة في الفصل المتقدم بين ما إذا أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم أنه لا يعتق عنه بما بقي ، وبين الوصية بالحج بثلث ماله وثلث ماله لا يكفيه حيث يحج من حيث يحج . وهو أن المستحق تبدل في الأولى ولم يتبدلوا في الثانية م: (**من قبل**) ش: أي من باب الوصية بالعتق .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن خرج من بلده حاجًا**) ش: قيد بقوله حاجًا لأنه لو خرج تاجرًا ومات فإنه يحج من بلده بالاتفاق م: (**فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة ، وهو قول زفر - رحمه الله - . وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله-: يحج عنه من حيث بلغ استحسانًا**) ش: وبه قال أحمد والشافعي في قوله . وقيل : هذا الخلاف فيما إذا كان له وطن . وأما إذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق م: (**وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق**) ش: فعند أبي حنيفة - رحمه الله - : يحج عنه من بلده وعندهما يحج عنه من حيث مات .

لهما : أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره ، وقد وقع أجره على الله ، فيبتدىء من ذلك المكان كأنه من أهله ، بخلاف سفر التجارة ؛ لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده . وله : أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذي وجب ، والله أعلم .

م: (لهما) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله) ش: قال الله تعالى : ﴿ ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله ﴾ (النساء : الآية ١٠٠) ، فلا يجوز إبطال ذلك المقدار من الخروج م: (فيبتدئ من ذلك المكان كأنه من أهله ، بخلاف سفر التجارة ، لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده) .

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - : م: (أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه) ش: أشار به إلى قوله لأن الواجب لله الحج من بلده م: (أداء) ش: أي لأجل الأداء م: (للواجب على الوجه الذي وجب) ش: وهو الحج من بلده . وفي كتاب « نكت الوصايا » فإن كان للرجل أوطان شتى فإن كان مات في بعض الأوطان يحج من ذلك الوطن ، وإن مات في السفر يحج من أقرب الأوطان إلى مكة م: (والله أعلم) .

* * *

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قال : ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالا : هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ، ويجمعهم مسجد المحلة . وهذا استحسان ، وقوله قياس ؛ لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ، ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق .

م: (باب الوصية للأقارب وغيرهم)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام الوصية للأقارب وغيرهم ، إنما أخر هذا الباب عما تقدمه ، لأن في هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين . وفيما تقدمه ذكر أحكامها على العموم والخصوص يتلو العموم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالا : هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان**) ش: أي القدوري لم يذكر خلاف أبي يوسف ومحمد ، وقد ذكر في «التقريب» قال : قال محمد في « الإملاء » : إذا أوصى لجيرانه فالوصية للملاصقين قربت الأبواب أو بعدت عند أبي حنيفة - رحمه الله .

وقالا : لمن يجمعهم مسجد في الجماعة ، وذكر ابن شجاع عن أبي يوسف - رحمه الله - اعتبار أهل المحلة الذين يصلون في مسجد واحد . قال : هذا قول أبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه - ، وروى بشر عن أبي يوسف ، أن الجيران الذين يجمعهم محلة واحدة وإن تفرقوا في مسجدين متقاربين ، وإن تباعدوا وكان واحداً عظيمًا جامعًا لكل أهل مسجد جيران دون الآخرين ، وإن كان في المصر قبائل فالجيران الأفخاء دون القبائل ، إلى هنا لفظ « التقريب » .

م: (**وقوله**) ش: أي وقول أبي حنيفة م: (**قياس**) ش: وبه قال زفر م: (**لأنه الجار من المجاورة ، وهي الملاصقة حقيقة . ولهذا**) ش: أي ولكون الجار هو الملاصق م: (**يستحق الشفعة بهذا الجوار**) ش: أي بجوار الملاصق .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الشأن م: (**لما تعذر صرفه**) ش: أي صرف ما أوصى لجيرانه م: (**إلى الجميع**) ش: الجيران م: (**يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق**) ش: وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : هم أهل أربعين داراً من كل جانب . وفي الأمصار التي فيها القبائل فالجوار على الأفخاذ لما روى أبو هريرة - رضي الله عنه - أنه عليه السلام قال : « **الجار أربعون داراً هكذا وهكذا** » . وفي « المغني » لابن قدامة : وهذا نص إن صح وإلا فالجار هو المقارب ويرجع في ذلك

وجه الاستحسان : أن هؤلاء كلهم يسمون جيراناً عرفاً ، وقد تأيد بقوله ﷺ :« لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد ». وفسره بكل من سمع النداء ،

إلى العرف .

م: (**وجه الإستحسان أن هؤلاء**) ش: أي الملاصقون وغيرهم م: (**كلهم يسمون جيرانًا عرفًا**) ش: أي من حيث عرف الناس م: (**وقد تأيد ذلك بقوله ﷺ**) ش: أي بقول النبي ﷺ م: (**لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد**) ش: هذا الحديث رواه الحاكم والدارقطني عن أبي هريرة مرفوعًا ورواه الدارقطني أيضًا عن جابر مرفوعًا ، ورواه ابن عباس عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - مرفوعًا بأسانيد ضعيفة . وقال ابن الجوزي : هذا حديث لا يصح عن رسول الله ﷺ ، وقال ابن حزم : هذا حديث ضعيف ، الحديث ، وهو صحيح من قول علي - رضي الله تعالى عنه .

قلت : رواه البيهقي في « المعرفة » من طريق الشافعي أنه بلغه عن هشيم وغيره عن أبي حيان التيمي عن أبيه قرأته عن علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه - أنه قال : « لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد » قيل : ومن جار المسجد ؟ قال : « من أسمعه المنادي » . قال القدوري في «التهذيب» : وقد قال هلال : الرأي أن الجار من أسمعه المنادي لأنه روي عن علي - رضي الله تعالى عنه - أنه قال : لا صلاة لجار المسجد . . . إلى آخره[(١)] .

م: (**وفسره بكل من سمع النداء**) ش: قال تاج الشريعة : وفسره ، أي النبي ﷺ فقال : « **هم الذين يجمعهم مسجد واحد** » . انتهى .

قلت : هذا غريب منه ، وكيف يقال وفسره النبي ﷺ والحديث لم يصح عن النبي ﷺ ؟ ولئن سلمنا أنه صح ولم يفسره النبي ﷺ هكذا ، وإنما فسره علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه - فيما روي عنه موقوفًا عليه كما ذكرنا الآن .

فإن قلت : يمكن أن يقال وفسره علي - رضي الله تعالى عنه - ؟ .

قلت : نعم ، علي - رضي الله تعالى عنه - فسره هكذا ، ولكن فسر حديث نفسه حين سئل كما ذكرنا ، والمصنف ما أسند الحديث إلى علي - رضي الله تعالى عنه- حتى يصح أن يقال : وفسره علي ، ولو قال : وفسر على صيغة المجهول لكان أصوب على ما لا يخفى .

م: (**ولأن القصد بر الجيران**) ش: أي المقصود من وصية الشخص لجيرانه وحول إحسانه

---

(١) راجع «تلخيص الحبير» (٢/ ٣١) ، و«نصب الراية» (٤/ ٤١٢ : ٤١٣) و«إرواء الغليل» (٢/ ٢٥١) ، و«كشف الخفا» (٢/ ٥٠٩) .

ولأن القصد بر الجيران ، واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره، إلا أنه لا بد من الاختلاط ، وذلك عند اتحاد المسجد ، .وما قاله الشافعي -رحمه الله-: الجوار إلى أربعين داراً بعيد . وما يروى فيه ضعيف . قالوا : ويستوى فيه الساكن والمالك ، والذكر والأنثى ، والمسلم والذمي ؛ لأن اسم الجار يتناولهم ،

إليهم م: (**واستحبابه**) ش: أي استحباب البر م: (**ينتظم الملاصق وغيره ، إلا أنه**) ش: أي جيرانه م: (**لا بد من الاختلاط**) ش: وهذا جواب من قال : ينبغي أن يستحق غير من يجمعه المسجد فأجاب بأنه لا بد من الاختلاط م: (**وذلك**) ش: أي الاختلاط م: (**عند اتحاد المسجد**) ش: قيل : حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجمع جيران .

م: (**وما قاله الشافعي -رحمه الله- : الجوار إلى أربعين داراً بعيد**) ش: باعتبار العرف م: (**وما يروى فيه ضعيف**) ش: أي الذي روي في أن الجار إلى أربعين داراً حديث ضعيف لم يثبت . أما الحديث فقد رواه البيهقي عن أم هانئ بنت أبي صفرة عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - عن النبي ﷺ قال : « **أوصاني جبريل عليه السلام بالجار إلى أربعين داراً عشرة من ها هنا ، وعشرة من ها هنا ، وعشرة من ها هنا ، وعشرة من ها هنا** » انتهى .

وقال : في إسناده ضعف .

ورواه أبو يعلى الموصلي في « مسنده » عن عبد السلام بن أبي الجنوب عن أبي سلمة عن أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « **حق الجوار إلى أربعين داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا يميناً وشمالاً وقدام وخلف** » . وعن أبي يعلى رواه ابن حبان في كتاب «الضعفاء» وأعله بعبد السلام بن أبي الجنوب ، وقال : إنه منكر الحديث . أما قول من قال : هذا حديث لا نعرف رواته فغير صحيح ، ذكره الأكمل بقوله : قيل : هذا خبر لا نعرف رواته ، وكيف يقال هذا وقد عين البيهقي وأبو يعلى رواته ، ولكن لم يصح لما ذكرنا . ؟!

م: (**قالوا**) ش: أي المشايخ م: (**ويستوي فيه**) ش: أي فيما أوصى به رجل فجيرانه م: (**الساكن**) ش: بالإجارة والعارية م: (**والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمي ، لأن اسم الجار يتناولهم**) ش: وفي « الزيادات » : قال محمد : وأما أنا فإني أحسن أن جعل الوصية لجيرانه الملازقين للساكن ممن يملك تلك الدور وغيرهم ممن لا يملكها ، ومن يجمعه مسجد تلك المحلة الذي فيهم الموصي من الملازقين وغيرهم ، والسكان من تلك المحلة وغيرهم سواء في الوصية الأقربون والأبعدون ، والكافر والمسلم ، والصبي والمرأة في ذلك سواء ، وليس لمماليك والمدبرين وأمهات الأولاد في ذلك شيء .

ويدخل فيه العبد الساكن عنده لإطلاقه . ولا يدخل عندهما ؛ لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن . قال : ومن أوصى لأصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته ، لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها إكراماً لها. وكانوا يسمون أصهار النبي عليه الصلاة والسلام

م: (**ويدخل فيه**) ش: أي فيما أوصى به لجيرانه م: (**العبد الساكن عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - م: (**لإطلاقه**) ش: أي لإطلاق اسم الجار على المملوك وغيرهم م: (**ولا يدخل عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد م: (**لأن الوصية له**) ش: أي للعبد م: (**وصية لمولاه، وهو**) ش: أي مولاه م: (**غير ساكن**) ش: فلا يتناوله .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن أوصى لأصهاره**) ش: أي لأقرباء امرأته م: (**فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته**) ش: أي فالوصية تكون لكل ذي رحم محرم مجرور ، لأنه صفة ذي رحم محرم م: (**لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها ؛ إكرامًا لها ، وكانوا يسمون أصهار النبي عليه الصلاة والسلام**) ش: قوله صفية وهم، وصوابه جويرية .

أخرجه أبو داود في « سننه في العتاق» عن محمد بن إسحاق، عن محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - قالت : وقعت جويرية بنت الحارث بن المصطلق في سهم ثابت بن قيس بن شماس وابن عم له ، فكاتبت على نفسها وكانت امرأة ملاحة تأخذ العين . قالت عائشة - رضي الله تعالى عنها : فجاءت تسأل رسول الله ﷺ في كتابتها ، فلما قامت على الباب رأيتها فكرهت مكانها ، وعرفت أن رسول الله ﷺ سيرى منها سبيل الذي رأيت ، فقالت : يا رسول الله : أنا جويرية بنت الحارث ، وقد كان من أمري ما لا يخفى عليك ، وإني وقعت في سهم ثابت بن قيس بن شماس ، وإني كاتبت على نفسي فجئت أسألك في كتابتي فقال رسول الله ﷺ « **فهل لك إلى ما هو خير منه ؟** » قالت : يا رسول الله ﷺ وما هو ؟ قال : « **أؤدي عنك كتابتك وأتزوجك** » ، قالت : نعم يا رسول الله ، قال : فد فعلت . قالت : فتسامع الناس أن رسول الله ﷺ قد تزوج جويرية فأرسلوا ما بأيديهم - يعني من السبي - فأعتقوهم ، وقالوا : أصهار رسول الله ﷺ ، قالت : فما رأينا امرأة كانت أعظم بركة على قومها منها ، أعتق في سبيلها مائة أهل بيت من بني المصطلق »[1] انتهى .

---

(١) رواه أبو داود (٣٩٣١) عن محمد بن إسحاق عن محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة . وفيه عنعنة ابن إسحاق وهو مدلس . وحسنه الشيخ الألباني ، فلعله اطلع على رواية صرح فيها بالسماع .

وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة -رحمها الله- . وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه ؛ لأن الكل أصهار ،

ورواه الواقدي من طريق أخرى وفيه : وكان الحارث بن أبي ضرار رأس بني المصطلق وسيدهم ، وكانت ابنته جويرية اسمها برة فسماها رسول الله ﷺ « جويرية»، لأنه كان يكره أن يقال : خرج من بيت برة ، ويقال : إن رسول الله ﷺ جعل صداقها عتق كل أسير من بني المصطلق . ويقال : جعل رسول الله ﷺ صداقها عتق أربعين من قومها .

م: (**وهذا التفسير**) ش: أشار به إلى التفسير المذكور ، وإنما قيل بهذا ، لأن الذي يجيء في اللغة بمعنى الختن أيضًا م: (**اختيار محمد وأبي عبيدة - رحمهما الله -**) ش: محمد هو ابن الحسن وأبو عبيد القاسم بن سلام ، قال الأترازي : قول محمد - رحمه الله - حجة في اللغة استشهد بقوله أبو عبيد في غريب الحديث .

وقال في « مجمل اللغة » : قال الخليل : لا يقال لأهل بيت المرأة الأصهار ، وكذا قال الجوهري وقد نظم نجم الدين هو - النسفي - في نظمه لكتاب « الزيادات » يشتمل على معنى الصهر والختن ، فقال : أصهار من يوصي أقارب عرسه ، ويزول ذاك ببائن وحرام أختانه أزواج كل محارم ، ومحارم الأزواج بالأرحام .

وقال فخر الإسلام البزدوي في « شرح الزيادات » أما الصهر فقد ينطلق على الختن ، لكن الغالب ما ذكره محمد ، قال عاصم بن عدي :

ولو كنت صهرًا لابن مروان قربة وكأني إلى المعروف والطعن الرحب

ولكنني صهرًا لآل محمد وخال بني العباس والخال كالأب

سمى نفسه صهرًا وكان أخا لامرأة العباس ثم قال فخر الإسلام - رحمه الله - فيه : ومن شرط بقاء هذا الاسم أن يموت الموصي وهذه نساؤه أو في خصمه من طلاق رجعي ، أما بعد البينونة فتنقطع المصاهرة ، وإنما تعتبر يوم الموت ، يعني أن المرأة إذا كانت زوجة الموصي يوم موت الموصي . أو كانت معتدة من طلاق رجعي ، فأما بعد البينونة فتنقطع المصاهرة وإنما يعتبر يوم الموت ، يعني أن المرأة إذا كانت زوجة الموصي يوم موت الموصي ، أو كانت معتدة من طلاق رجعي يستحق أقرباء المرأة الوصية باسم الصهر .

وإذا كانت مبانة يوم موته لا يستحق بها ، لانقطاع المصاهرة بالإبانة وعدم الانقطاع فيما لم يكن مبانة م: (**وكذا يدخل فيه**) ش: أي فيما أوصى لجيرانه م: (**كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه ؛ لأن الكل أصهار**) ش: لما مر من حديث جويرية .

ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية ، وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها ؛ لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح، وهو شرط عند الموت. قال : ومن أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم منه ، وكذا محارم الأزواج ؛ لأن الكل يسمى ختناً ، قيل : هذا في عرفهم ، وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ، ويستوي فيه الحر والعبد والأقرب والأبعد ؛ لأن اللفظ يتناول الكل . قال : ومن أوصى لأقاربه فهي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ، ولا يدخل فيه الوالدان والولد ، ويكون ذلك للاثنين فصاعداً ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله.

م: (**ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدته**) ش: أي أو كانت المرأة في عدة م: (**من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية ، وإن كانت في عدة عن طلاق بائن لا يستحقها ؛ لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح ، وهو شرط عند الموت**) ش: وقد شرح هذا فخر الإسلام ، وقد ذكرناه آنفًا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه، وكذا محارم الأزواج**) ش: أي المحارم أزواج كل ذي رحم محرم من الموصي .

وفي شرح « الكافي » : الأختان أزواج البنات والأخوات والعمات والخالات ، وكذا زوج كل ذي رحم محرم من أزواج هؤلاء ، هكذا ذكره محمد م: (**لأن الكل يسمى ختنًا ، قيل : هذا في عرفهم، وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم**) ش: قال ؛ أي الأترازي : إنما كان هذا في قوله بعد أن قال : وكذا محارم الأزواج ، لأن ذاك رواية « الزيادات » المذكورة ثمة في عرفهم ، لا على عرفنا ، لأن أزواج المحارم لا يسمون أختانًا وفي عرفهم يسمى الكل أختانًا .

وقال الكرخي في « الزيادات » : إذا أوصى الرجل لأختانه بثلث ماله ثم مات فالأختان أزواج البنات ، والأخوات والعمات والخالات وكل امرأة ذات رحم محرم للموصي فزوجها من أختانه ، وكل ذي رحم محرم من زوجها من ذكر وأنثى فهو أيضًا من أختانه ، ولا تكون الأزواج ذات رحم محرم . ومن كان من قبلهم من ذي الرحم المحرم ولا يكون الأختان ما كان من قبل نساء الموصي م: (**ويستوي فيه الحر والعبد ، والأقرب والأبعد ؛ لأن اللفظ يتناول الكل**) ش: أي لفظ الأختان يتناول الكل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن أوصى لأقاربه فهي**) ش: أي الوصية م: (**للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ، ولا يدخل فيه الوالدان والولد ، ويكون ذلك للاثنين فصاعداً وهذا عند أبي حنيفة-رحمه الله**) ش: وفي « الكافي » : وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو لذوي أرحامه أو لذوي أنسبائه فهم عند أبي حنيفة الأقرب فالأقرب ، ومن كل ذي رحم محرم منه . ويدخل فيه

وقال صاحباه : الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام ، وهو : أول أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام ، وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ ، وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم . لهما : أن القريب مشتق من القرابة ، فيكون اسمًا لمن قامت به ، فينتظم بحقيقة مواضع الخلاف .

الجد والجدة . وكذا ولد الولد في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف : أن الجد وولد الولد لا يدخل .

م: (**وقال صاحباه**) ش: أي صاحبا أبي حنيفة وهما أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام**) ش: يعني لجميع قرابته من قبل الرجال والنساء إلى أقصى أب له في الإسلام ، لأن الطرفين جميعًا يشتركون في الثلث الأقرب منهم والأبعد ، والذكر والأنثى فيه سواء م: (**وهو أول أب أسلم ، أو أول أب أدرك الإسلام**) ش: سواء أسلم أو لا .

واختلف المشايخ في اشتراط إسلام أقصى الأب ، قيل : يشترط ، وقيل : لا يشترط ، وهو معنى قوله م: (**وإن لم يسلم**) ش: أي أقصى الأب م: (**على حسب ما اختلف فيه المشايخ**).

م: (**وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب ، فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم**) ش: قال : أقصى أب أدرك الإسلام أبو طالب فيدخل في الوصية أولاد علي وعقيل وجعفر - رضي الله تعالى عنهم . ومن شرط إسلام أقصى أب -هو علي - رضي الله عنه - ؛ فيدخل تحت الوصية أولاد علي دون عقيل وجعفر ، وقال الشافعي وأحمد في رواية قرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينسبون إلى الأدنى ، والأدنى ينسب إليه ، ويستوي فيه القريب والبعيد ، لأنهم قرابته عرفًا .

وقال مالك : قريبه بالاجتهاد ، وقال محمد في رواية : قريبه أولاده ، وأولاد ابنه وأولاد جده وأولاد جداته ، لأن من هو أبعد منهم ، ويستوي فيه الذكر والأنثى ، حتى لو أوصى لقرابة النبي ﷺ أعطى أولاده أولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ، ولم يعط بني هاشم وبني نوفل ولم يسلم .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م: (**أن القريب مشتق من القرابة ، فيكون**) ش: أي القريب م: (**اسمًا لمن قامت**) ش: أي لمن قامت القرابة م: (**به فينتظم**) ش: أي يشتمل اسم القريب م: (**بحقيقة مواضع الخلاف**) ش: وهو ذو الرحم المحرم والرحم الأبعد .

وله : أن الوصية أخت الميراث ، وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب ، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان ، فكذا في الوصيـة والمقصد من هذه الوصـية تلافي ما تفرط في إقـامة واجب الصلة ، وهو يخـتص بذي الرحم المحرم منه ، ولا يدخل فـيه قـرابة الولاد ، فإنهم لا يسـمون أقـرباء ، ومن سمى والده قريباً كان منه عقوقاً ، وهذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره ، وتقـرب الوالد والولد بنفسه لا بغـيره ، ولا معتبـر بظاهر اللفظ بعد انعقـاد الإجماع على تركه ، فعنده يقيد بما ذكرناه ،

م: (**ولـه**) ش: أي ولأبي حنيفـة :م: (**أن الوصـية أخت الميـراث ، وفي الميراث يعـتبـر الأقرب فالأقرب**) ش: فكذلك في الوصية م: (**والمراد بالجمع المذكـور فيه**) ش: أي في الأقـرب م: (**اثنان**) ش: وهو قوله تـعالى : ﴿ **فإن كان له إخوة** ﴾ فإن المراد من الإخوة اثنان م: (**فكذا في الوصية**) ش: اثنان ، لأن المثنى كالجمع في باب الميراث ، فكذلك في باب الوصية ، لأن الوصية أخت الميراث م: (**والمقصد من هذه الوصية**) ش: أي المقصود منها م: (**تلافي ما تفرَّط**) ش: أي استدراك ما قصر م: (**في إقامة واجب الصلة**) ش: لأن صلة ذي الرحم المحرم واجبة دون غيره بالإجماع ، ولهذا لا يجوز الرجوع في هبته ويستحق النفقة دون غيره م: (**وهو يختـص**) ش: أي تلافي مـا فـرط في وجوب الصلة مختص م: (**بذي الرحم المحرم منه ، ولا يدخل فـيه**) ش: أي في الإيصـاء على ذوي قرابته م: (**قـرابة الولاد**) ش: وهو الوالد والولد م: (**فـإنهم**) ش: أي فــإن الآباء والأولاد م: (**لا يسمون أقرباء**) ش: لأنهم أقرب من القرابة .

وأوضح هذا المعنى بقوله : م: (**ومن سمى والده قريبًا كـان منه عقوقًا**) ش: من حيث العرف يدل عليه قوله تعالى : ﴿ **الوصية للوالدين والأقربين** ﴾ (البقرة : الآية ٨٠) ، عطف الأقربين على الوالدين ، والعطف يقتضي المغايرة ، فلا يكون الوالد قريبًا ، ولا يكون الولد قريبًا أيضًا ، لأنه يلزم من قرب أحدهما إلى الآخر قرب الآخر إليه وإلا لا يثبت القرب أصلاً .

م: (**وهذا لأن القريب في عـرف اللسان من يتقرب إلى غـيره بوسيلة غيره ، وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره**) ش: إذ لا واسطة بينهـما م: (**ولا معتبر بظاهر اللفظ**) ش: هذا جـواب عن قـول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : إن القريب مشتق من القرابة ، فيكون اسمًا لمن قامت به .

وتقدير الجواب : أن ظاهر اللفظ لا اعتبار به م: (**بعد انعقاد الإجماع على تركه**) ش: أي ترك ظاهر اللفظ ، يعني أن ظاهر اللفظ وإن اقتضى صحة إطلاق اسم القريب على الوالد والولد ، لكن الإجـمـاع انعـقـد على ترك هذا الظاهر ، وبين ذلك بقـوله : م: (**فـعنده**) ش: أي فـعند أبي حنيفة م: (**يقيد بما ذكرناه**) ش: من الأقرب فالأقرب ، فالقيود الخمسة وهي كونه ذا رحم محرم ، واثنين فصاعداً ، وذلك ما سوى الوالد والولد من لا يرث ، والأقرب فالأقرب .

وعندهما بأقصى الأب في الإسلام ، وعند الشافعي -رحمه الله- : بالأب الأدنى . قال : ومن أوصى لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعمه عنده اعتباراً للأقرب كما في الإرث . وعندهما بينهم أرباعاً إذ هما لا يعتبران الأقرب . ولو ترك عماً وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين ؛ لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث . بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية ؛ لأن اللفظ للمفرد ، فيحرز والواحد كلها إذ هو الأقرب . ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه . ولو ترك عما وعمة وخالاً وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى ، والعمة وإن لم تكن وارثة

م: (وعندهما بأقصى الأب في الإسلام) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد يقيد بكل من يجمعه وأباه أقصى أب في الإسلام م: (وعند الشافعي -رحمه الله- بالأب الأدنى) ش: الذي ينسب إليه ، وهو قول محمد أيضًا.

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن أوصى) ش: هذا إلى آخره تفصيل ما أجمله من القيود على مذهب أبي حنيفة ، يعني وإذا أوصى أحد م: (لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعمه عنده اعتباراً للأقرب كما في الإرث) ش: فإنه يكون لعميه في الإرث دون خاليه ، هذا إذا أوصى أحد لأقاربه وله عمان وخالان والوصية لعميه عند أبي حنيفة .

م: (وعندهما بينهم أرباعًا إذ هما) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد م: (لا يعتبران الأقرب ، ولو ترك عمًا وخالين فللعم نصف الوصية ، والنصف للخالين ؛ لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع ، وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث ، بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته ، حيث يكون للعم كل الوصية ، لأن اللفظ للمفرد) ش: وهو قوله : لذي قرابته م: (فيحرز الواحد كلها) ش: أي كل الوصية م: (إذ هو الأقرب) ش: أي لأنه هو الأقرب ، فلا يستحق الأبعد عند وجوده .

م: (ولو كان له عم واحد) ش: أي فيما إذا أوصى لأقاربه وله عم واحد ولم يكن هو وارث كله ، نصف الثلث ، لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان ولم يوجد م: (فله نصف الثلث) ش: والنصف الباقي يرد على الورثة م: (لما بيناه) ش: أراد به قوله لأنه : لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان . . إلى آخره .

م: (ولو ترك عمًا وعمة وخالاً وخالة) ش: أي فيما إذا أوصى لأقاربه م: (فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى) ش: أي قرابة العمومة أقوى من قرابة الخؤولة م: (والعمة وإن لم تكن وارثة) ش: هذا جواب عما يقال : العمة لا تستحق العصوبة وتقوم الأخوات بسببهما فلم يكن قرابتهما أقرب .

فهي مستحقة للوصية . كما لو كان القريب رقيقاً أو كافراً . وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو لأقربائه أو لأنسبائه في جميع ما ذكرنا ؛ لأن كل ذلك لفظ جمع . ولو انعدم المحرم بطلت الوصية ؛ لأنها مقيدة بهذا الوصف . قال : ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة-رحمه الله. وقال : يتناول كل من يعولهم وتضمنهم نفقته اعتباراً للعرف ، وهو مؤيد بالنص . قال الله تعالى : ﴿ واتوني بأهلكم أجمعين ﴾ (يوسف:الآية٩٣) ،

وتقرير الجواب : أن العمة وإن لم تكن وارثة في هذه الصورة م: **(فهي مستحقة للوصية)** ش: مساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة بوصف قائمًا بها وهو الوراثة لا يخرجها عن مساواتها للعم في استحقاقها هذه الوصية .

م: **(كما لو كان القريب رقيقًا أو كافراً)** ش: لما أن عدم جريان الميراث لوصف قائمًا بهما لا يضعف في القرابة م: **(وكذا)** ش: الحكم م: **(إذا أوصى لذوي قرابته أو لأقربائه أو لأنسبائه)** ش: أو هو جمع نسيب على وزن فعيل ، وهو القريب كالأنصباء في جمع النصيب م: **(في جميع ما ذكرنا)** ش: يعني من القيود المذكورة على قول أبي حنيفة خلافًا لهما م: **(لأن كل ذلك لفظ جمع)** ش: والمعتبر في كل جمع اثنان .

م: **(ولو انعدم المحرم)** ش: يعني إن لم يكن الوصي محرم في هذه المسائل م: **(بطلت الوصية)** ش: عند أبي حنيفة - رحمه الله - لأن الوصية عنده لذي الرحم ، فإذا لم يكن للموصي قريب محرم كانت الوصية للمعدوم وهي باطلة ، وهي معنى قوله : م: **(لأنها مقيدة بهذا الوصف)** ش: أي لأن الوصية مقيدة بوصف المحرمية .

قال الأترازي - رحمه الله - : قوله : «قال » لم يقع مناسبًا، لأن عادة المصنف أنه لم يذكر لفظ« قال » إلا إذا كانت مسألة القدوري أو « الجامع الصغير » ، أو كانت مذكورة في «البداية»، وهذه مع ما بعدها ، أي قوله ومن أوصى لولد فلان ليست من تلك الجملة ، وكل هذه المسائل مذكورة في « مختصر الكرخي » ، انتهى .

قلت : يمكن أن يقال : إن فاعل «قال» هذا المصنف ، لأن من عادته في مواضع يقول «قال » ويكون المراد به قال المصنف ، ولما أخذ هذه المسألة « مختصر الكرخي » نقل كلامه بقوله : م: **(قال)** ش: أي المصنف : م: **(ومن أوصى لأهل فلان فهي)** ش: أي الوصية م: **(على زوجته)** ش: أي زوجة فلان م: **(عند أبي حنيفة - رحمه الله)** .

م: **(وقال يتناول كل من يعولهم)** ش: يعني فلان م: **(وتضمنهم نفقته)** ش: أي يجمعهم نفقته م: **(اعتباراً للعرف ، وهو مؤيد بالنص . قال الله تعالى : ﴿ واتوني بأهلكم أجمعين ﴾ (يوسف: الآية**

وله : أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى ﴿وسار بأهله﴾ (القصص : الآية ٢٩) ، ومنه قولهم : تأهل ببلدة كذا ، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة . قال: ومن أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته ؛ لأن الآل القبيلة التي ينسب

---

٩٣) ش: فإنه ليس المراد به الزوجة فقط ، وكذا قوله : ﴿ **فأنجيناه وأهله إلا امرأته** ﴾ (النمل : الآية ٥٧) لكن لا يدخل مماليكه وإن كان يضمنه نفقته ، لأن الأهل لا يطلق عليهم في العرف .

وفي « مختصر الكرخي » : قال أبو يوسف ومحمد : هذا على جميع من يعوله فلان ممن يضمنه نفقته غريبًا كان أو غيره، الزوجة واليتيم في حجره ، والولد إذا كان يعوله فإن كان كبيراً قد اعتزل عنه ، أو كانت بنتًا قد تزوجت فليس من أهله . وفي «الزيادات »: ولا يدخل في ذلك مماليكه ولا وارث للموصي ، ولا يدخل فلان الموصى له أهله في معنى من هذه الوصية .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى : ﴿وسار بأهله﴾(القصص : الآية ٢٩)**) ش: قاله الأترازي : وفي الاستدلال بقوله نظر ، لأنه لم يرد في الآية الزوجة خاصة ، لأن الله تعالى قال : ﴿ **فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور ناراً فقال لأهله امكثوا** ﴾ بلفظ الجمع، والآية في سورة القصص، وكذلك خاطب في سورة طه : ﴿ **وهل أتاك حديث موسى إذ رأى ناراً فقال لأهله امكثوا** ﴾ وقال الأكمل : الجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمتهم نفقته ، فإن كان معه أحد من الأقارب لم يدخل فيه بالاتفاق على أن الحقائق لا يستدل عليها ، لأن طريق معرفتها السماع كما عرف في الأصول .

وإنما استشهد بالآية قياسًا ، فإن ثبت إنما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه ، كالآيات التي استدل بها الأترازي ، فإنه قال : وجه قولهما أن اسم الأهل ينطلق على كل من يعوله ويضمنه نفقته بدليل قوله تعالى في قصة يوسف : ﴿**وائتوني بأهلكم أجمعين**﴾ وقوله تعالى : ﴿ **فأنجيناه وأهله إلا امرأته** ﴾ وقوله تعالى : ﴿**ووهبنا له أهله ومثلهم معهم**﴾ ولم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة ، فيحمل على الكل .

م: (**ومنه قولهم : تأهل ببلدة كذا**) ش: أي تزوج م: (**والمطلق ينصرف إلى الحقيقة**) ش: يعني لغة وعرفًا ، فلا يعدل عنهما م: (**قال : ومن أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته ؛ لأن الآل القبيلة التي ينسب إليها**) ش: فيدخل فيه كل من ينسب إليه من قبل آبائه إلى أقصى أب له في الإسلام الأقرب والأبعد ، والذكر والأنثى ، والمسلم والكافر ، والصغير والكبير فيه سواء ، ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الأخوات ولا أحد من مراتب أمه ؛ لأنهم ينسبون إليه لأن النسب يعتبر من الآباء .

إليها . ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده ؛ لأن الأب أصل البيت . ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب إليه ، والنسب يكون من جهة الآباء ، وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه ؛ لأن الإنسان يتنجس بأبيه . بخلاف قرابته ، حيث تكون من جانب الأم والأب . ولو أوصى لأيتام بني فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لأراملهم إن كانوا قوماً يحصون دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ، ذكورهم وإناثهم ؛ لأنه أمكن تحقيق التمليك في حقهم ، والوصية تمليك ، وإن كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم ؛ لأن المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة، وهذه الأسامي تشعر بتحقق الحاجة ، فجاز حمله على الفقراء .

م: (ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده ؛ لأن الأب أصل البيت) ش: وعن أحمد أن أهل البيت بمنزلة قوة القرابة م: (ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب إليه ، والنسب يكون من جهة الآباء ، وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه ؛ لأن الإنسان يتجنس بأبيه) ش: أي يتخذ الجنس من أبيه إذ الجنس عبارة عن النسب ، والنسب من جانب الأب لا من جانب الأم ، فإن إسماعيل - عليه السلام - كان من هاجر ، وكان من جنس قوم أبيه ، وإبراهيم ابن النبي ﷺ كان من جنس قريش ، وكذا أولاد الخلفاء من الإماء يصلحون للخلافة م: (بخلاف قرابته ، حيث تكون من جانب الأم والأب) ش: فيدخل في الوصية لقرابة كل من الجانبين .

م: (ولو أوصى لأيتام بني فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لأراملهم إن كانوا قومًا يحصون دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ، ذكورهم وإناثهم ؛ لأنه أمكن تحقيق التمليك في حقهم ، والوصية تمليك ، وإن كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم ؛ لأن المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة ، وهذه الأسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء) ش: والأيتام جمع يتيم ، وهو اسم لمن كان دون البلوغ ولا أب له ، لقوله عليه السلام : « لا يتم بعد احتلام » ، رواه أصحاب السنن عن علي - رضي الله عنه .

والعميان جمع أعمى ، والزمنى جمع زمن ، والأرامل جمع أرمل ، والأرمل هو الذي لا يقدر على شيء سواء كان رجلاً أو امرأة من أرمل إذا افتقر من الرمل كالرفع من الرفعا وهي الثواب ، ومن الناس من قال : الأرمل في النساء خاصة ، والمختار عند المصنف هو الأول حيث قال : ذكورهم وإناثهم وهو اختيار الشعبي . وقال : أرمل القوم إذا فقدوا زادهم وصاروا محتاجين .

ومن لا زوجة له من الرجال هل يدخل فيه ؟ قال الشافعي ـ في وجه ـ وإسحاق : يدخل وهو قول الشعبي ، وعند أكثر أهل العلم: لا يدخل . قال الشعبي : هذا اللفظ يطلق على الذكر

بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو لأيامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية ؛ لأنه ليس في اللفظ ما ينبىء عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ، ولا يمكن تصحيحه تمليكاً في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم ،

لغة ، قال الشاعر :

هذي الأرامل قد قضيت حاجتها   فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر؟

قلنا : المعروف في كلام الناس بأنه النساء ، وفي الشعر إطلاقه يجوز ، ولهذا وضعه بالذكر والأنثى والشيء لا يوصف بنفسه ، ولئن كان حقيقة فقد هجرت الحقيقة بالعرف كما في سائر الحقائق العرفية .

ثم حد الإحصاء عند أبي يوسف أن لا يحصون بكتاب ولا حساب فهم لا يحصون .

وقيل : بحيث يحصى بهم الحصا حتى يلد فيهم مولوداً ويموت فيهم ، وهو قول محمد إذا كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون . وقال بعضهم : هو مفوض إلى رأي القاضي ، وعليه الفتوى ، وما قال محمد هو الأيسر ، كذا في « فتاوى قاضي خان » . وعند الأئمة الثلاثة أن الوصية للكل سواء كانوا يحصون أو لا ، ويدخل فيهم الأغنياء والفقراء .

وقال الكرخي في « مختصره » : قال أبو يوسف ومحمد: إذا أوصى بثلث ماله لأيتام بني فلان فإن كانوا يحصون دخل فيهم الغني والفقير ، فكان الثلث بينهم بالسوية الذكر والأنثى فيه سواء ، وإن كانوا لا يحصون فالثلث للفقراء منهم ، كأنه قال: أوصيت للمساكين فيعطي الموصي من شاء منهم ، وكذلك لو قال: أوصيت بثلث مالي لعميان بني فلان أو لزمنى بني فلان، فإن كانوا لا يحصون فالثلث بينهم للغني والفقير كلهم بالسوية ، وإن كانوا يحصون فالثلث للفقراء منهم على ما وصفت لك ، وإذا أوصى لأرامل بني فلان فالوصية بينهن لكل امرأة محتاجة لأن لها زوج طلقها أو مات عنها فهذه الأرملة قد أرملت من زوجها ومالها ، ولا يدخل في ذلك ذكر محتاج ولا غني ، ولا يدخل في ذلك امرأة غنية ، فإن لم يمكن الإحصاء قسم ذلك بينهن بالسوية ، وإن كن لا يحصين فهذا على ما وصفت لك من أمر المساكين .

م: (**بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو لأيامى**) ش: أي أوصى لأيامى م: (**بني فلان**) ش: الأيامى جمع أيم ، وهي التي لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً م: (**وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية ؛ لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**ليس في اللفظ**) ش: أي لفظ الشأن والأيامى م: (**ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ، ولا يمكن تصحيحه تمليكاً في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم**) ش: وفي « المبسوط » : فإذا لم يكن فيه ما ينبئ عن الحاجة كان

وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً لمعنى الجمع ، وأقله اثنان في الوصايا على ما مر . ولو أوصى لبني فلان يدخل فيهم الإناث في قول أبي حنيفة -رحمه الله- أول قوليه ، وهو قولهما ؛ لأن جمع الذكور يتناول الإناث ، ثم رجع وقال : يتناول الذكور خاصة ؛ لأن حقيقة

المقصود هو التمليك ، وجهالة التمليك مانعة لصحة التمليك ، إذ الصرف إلى الكل غير ممكن ، وليس بعضهم أولى من بعض ، فكانت الوصية باطلة .

في « الإيضاح » : الشاب من خمسة عشر إلى خمس وعشرين سنة إلى أن يبلغ عليه الشمط . والكهل من ثلاثين سنة إلى أن يغلب عليه النمط إلى آخر عمره . والشيخ ما زاد على سنه فجعل أبو يوسف الشيخ والكهل سواء فما زاد على خمسين .

وعن محمد : الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر سنة ، والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل إذا بلغ أربعين فزاد عليه ما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب عليه الشيب حتى يكون شيخًا . وعند أكثر أهل العلم : الكهل ابن ثلاثين حتى يبلغ خمسين ، فإذا جاوز خمسين يكون شيخًا إلى أن يموت .

م: (**وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً لمعنى الجمع ، وأقله اثنان في الوصايا على ما مر**) ش: ولم يذكر المصنف فيه الخلاف ، فينبغي أن يكون هذا على قول محمد، لأنه لا يجوز إلا الدفع إلى اثنين فصاعداً ، وعندهما : يجوز أن يدفع كله إلى فقير واحد، لأن الكلام يصرف إلى الجنس والجنس إلى ثلاثة ، لأنه أقل الجمع ، وعن أحمد : يكفي الواحد كما في الزكاة ، ولو أوصى لبني فلانة يدخل فيه الإناث في قول أبي حنيفة أول قوليه ، وهو قولهما : لأن جمع الذكور يتناول الإناث ثم رجع وقال : يتناول الذكور خاصة .

إيضاح هذا م: (**ولو أوصى لبني فلان**) ش: فلا يخلو إما أن يريد لعمومه الإضافي ، أو يكون اسم قبيلة أو فخذ ، فإن كان الأول م: (**يدخل فيهم الإناث في قول أبي حنيفة - رحمه الله**) ش: رجع إليه ، وكان يقول أولاً: يدخل م: (**أول قوليه ، وهو قولهما ؛ لأن جمع الذكور**) ش: والخلاف عند الاختلاط بما إذا كن في بيت الإناث مفردات فلا يدخل بالاتفاق إلا أن يذكره المصنف ، لأن حقيقة الاسم للذكور ، وانتظامه الإناث يجوز ، والكلام بحقيقته ألا ترى أنه يصح أن يبقى اسم البنين على البنات ، ولا يصح في الذكور . فلو تناولهما يكون جمعًا بين الحقيقة والمجاز .

فإن قيل : خطاب الذكور م: (**يتناول الإناث ثم رجع ، وقال : يتناول الذكور خاصة ؛ لأن حقيقة**

الاسم للذكور ، وانتظامه للإناث تجوز ، والكلام لحقيقته . بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والإناث ؛لأنه ليس يراد بها أعيانهم، إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ، ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم .

الاسم للذكور وانتظامه للإناث تجوز ، والكلام لحقيقته) ش: بالإجماع ، مع أن الحقيقة والمجاز لا يجتمعان ؟ .

قلنا : خطاب المكلف دل على أن المراد العقلاء ، إذ التكليف يبنى على العقل ، فيتناولهم عموم المجاز ، أما ها هنا لم يدخل على العموم دليل ، بل دل على الخصوص ، وهو أن الموصي لم يقل : لأولاد فلان ، بل قال : لبني فلان .

م: (**بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ**) ش: القبيلة واحدة القبائل ، وهو بنو أب واحد ، والفخذ بفتح الفاء وكسر الخاء في العشائر أقل من البطن ، وبيانه أن العرب على ست طبقات ، وهي الشعب والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة ، والشعب يجمع القبائل ، والقبيلة تجمع العمارة ، والعمارة تجمع البطون ، والبطون تجمع القبائل ، خزيمة شعب ، وكنانة قبيلة ، وقريش عمارة ، وقصي بطن ، وهاشم فخذ ، والعباس فصيلة وسميت الشعوب لأن القبائل تشعبت منها .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده : إذا أوصى لبني كنانة لا يدخل تحت الوصية أولاد نضر ، لأنه فوقهم ، ويدخل أولاد كنانة إلى الفصيلة .

وإذا أوصى لبني قريش وهو عمارة لا يدخل تحت الوصية أولاد نضر وكنانة لأنهم فوقهم، ويدخل أولاد قريش وقصي وأولاده والعباس وأولاده ، لأن هؤلاء دونهم ، وإذا أوصى بثلث ماله لبني فلان وهو قبيلة فالثلث بينهم على السوية إذا كانوا يحصون .

م: (**حيث يتناول الذكور والإناث ؛ لأنه ليس يراد بها أعيانهم ، إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ، ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم**) ش: وهو جمع حليف ، وهو اسم من يأتي قبيلة فيحلف لهم ويحلفون لهم على التناصر .

وقال الكرخي في « مختصره » : وإذا قال لبني فلان وبنو فلان أولئك قبيلة لا تحصى مواليهم في الوصية مولى الموالاة الذين أسلموا على أيديهم ووالوهم ومولى العتاقة وحلفاؤهم وأعدادهم معهم .

وإن كان أوصى لبني فلان وهم بنو أب وليسوا بقبيلة ولا فخذ كانت الوصية لبني فلان من العرب خاصة دون الموالي والحلفاء ، انتهى .

قال : ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم ، والذكر والأنثى فيه سواء ؛ لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظامًا واحدًا . ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لأنه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث . ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة . وقال الشافعي -رحمه الله- في بعض كتبه : إن الوصية لهم جميعًا ، وذكر في موضع آخر: أنه يوقف حتى يصالحوا . له : أن الاسم يتناولهم ، لأن كلاً منهم يسمى مولى ، فصار كالإخوة .

والأعداد جمع عدد ، يقال : فلان عديد بني فلان ، أي يعد منهم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن أوصى لولد فلان**) ش: وفي بعض النسخ : وإذا أوصى لولد فلان م: (**فالوصية بينهم ، والذكر والأنثى فيه سواء ؛ لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظامًا واحدًا**) ش: يعني بطريق الحقيقة ، لأنه يتناول أحدهما حقيقة ، والآخر مجازًا . وقال الفقيه أبو الليث في كتاب « نكت الوصايا » : ولو أوصى لولد فلان وليس لفلان ولد صلب فالوصية لولد ولده. وإذا كان له ولد واحد من ولد الصلب فالوصية كلها له وليس لولد الولد شيء .

وقال شمس الأئمة السرخسي في «شرح الكافي»: لو كان له ولد واحد ذكرًا أو أنثى فجميع الوصية له ، وذكر الكرخي في « مختصره » بخلاف ذلك ، فإذا قال: وصيت بثلث مالي لولد فلان وله ولد لصلبه ذكور وإناث كان الثلث لهم بعد أن يكونوا اثنين فصاعدًا ولم يكن لولد ولده شيء ، وإن كان لصلبه واحد وله ولد كان للذي لصلبه نصف الثلث ذكرًا كان أو أنثى ، وكان ما بقي لولد ولده من سفل منهم ومن قرب بالسوية الذكر والأنثى فيه سواء ، وهذا كله على قياس أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف - رحمهم الله .

م: (**ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولأنه لما نص على لفظ الورثة آذن**) ش: أي أعلم م: (**ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث**) ش: ولا يُعلم منه خلاف م: (**ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة**) ش: هذه من مسائل « الجامع الكبير» ذكرها تفريعًا على مسألة القدوري .

م: (**وقال الشافعي- رحمه الله -: في بعض كتبه : أن الوصية لهم جميعًا**) ش: وبه قال أحمد وزفر م: (**وذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوا**) ش: أي حتى يصطلح ، وله في قول آخر الوصية للأعلى لأنه أقوى . وقال أبو ثور : الكل يدخلون في الوصية ، ولكن يقرع بينهما ، لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر م: (**له**) ش: أي للشافعي : م: (**أن الاسم يتناولهم ؛ لأن كلاً منهم يسمى مولى فصار كالإخوة**) ش: أي كما إذا أوصى لإخوة فلان وهم متفرقون لأب وأم

ولنا : أن الجهة مختلفة ؛ لأن أحدهما يسمى مولى النعمة ، والآخر منعم عليه ، فصار مشتركًا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الإثبات . بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل ؛ لأنه مقام النفي ، ولا تنافي فيه ،

ولأب ولأم فالوصية لهم جميعًا ولا يكون البعض أولى من البعض .

م: (**ولنا : أن الجهة مختلفة ؛ لأن أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه ، فصار مشتركًا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الإثبات**) ش: احترز به عن موضع النفي ، مبنى هذا الكلام على جواز عموم المشترك وعدم جوازه ، والشافعي - رحمه الله - يجيزه ، فأجاز هذا ، وأصحابنا ما جوزوه ، فكذلك هذا .

والمروي عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - : لكن لا على جوز عموم المشترك بل على أن لفظ المولى على الأعلى والأسفل ، كالإخوة على بني الأعيان وبني فلان وبني الأضياف ، وليس بظاهر ، لأن معنى الإ]وة في الجمع واحد وهو اشتمال صلب الأب أو الرحم عليهم ، ومعنى المولى ليس كذلك فإن معنى الأعلى منعم وهو معنى الأسفل منعم عليه ، فكان في أحدهما معنى الفاعل ، وفي الآخر معنى المفعول وإليه أشار المصنف - رحمه الله - بقوله : إن الجهة مختلفة ، فصار مشتركًا فلا يشتملها معنى واحد في موضع الاثنان ، هذا اختيار شمس الأئمة وعامة أصحابنا على أن لا عموم للمشترك لا في النفي ولا في الإثبات ، فالمصنف- رحمه الله - مال إلى ما قال شمس الأئمة قال : فلا ينتظم اللفظ واحد في موضع الإثبات .

ثم أجاب عن مسألة الحلف بقوله : م: (**بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل ؛ لأنه مقام النفي**) ش: أي لأن قوله لا نكلم مقام النفي م: (**ولا تنافي فيه**) ش: أي في عموم النفي في المختلفين ، أي نفي المختلفين في محل واحد لا يستحيل ، وفي الإثبات يستحيل قال الأترازي : أن اجتماع الحنطة والشعير في معنى واحد يستحيل في حالة واحدة ، ولا يستحيل انتفاؤهما ، وكذا في اليوم الواحد يستحيل اجتماع صومين مختلفين لا يستحيل فيصح أن يقال : لا يوجد فيه صوم فرض ولا نفل .

والجواب عن مسألة ، ما ذهب إليه شمس الأئمة ، وهو أن عموم المشترك لا يجوز في موضع الإثبات إن ترك الكلام مع الموالي مطلقًا ليس لوقوعه في النفي ، بل لأن الحامل على اليمين بعضه وهو غير مختلف بذلك المعنى كالشيء .

فإن قيل : سلمنا أن لفظ المولى مشترك ، لكن حكمه التوقف ، فكيف قال : فالوصية باطلة؟

ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض ، ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده ؛ لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت ، والوصية تضاف إلى حالة الموت ، فلا بد من تحقق الاسم قبله . وعن أبي يوسف – رحمه الله-: أنهم يدخلون ، لأن سبب الاستحقاق لازم ، ويدخل فيه عبد ، قال له مولاه : إن لم أضربك فأنت حر ؛ لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه . ولو كان له موال وأولاد موالي وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالي الموالاة ،

أجيب : بأن الكلام فيما إذا مات الموصي قبل البيان والتوقف في مثله لا يعتد .

فإن قيل : الترجيح من جهة أخرى ممكن ، وهو أن يصرف الوصية إلى المولى الذي أعتقه ، لأن شكر المنعم واجب ، وأما فضل الأنعام في حق المنعم عليه فمندوب ، والصرف إلى الواجب أولى منه إلى المندوب ، كما هو المروي عن أبي يوسف لهذا المعنى ؟

أجيب : بأنها معاوضة من جهة أخرى ، وهو أن العرف جاز بوصية الثلث من المال للفقهاء والغالب في المولى الأسفل الفقراء وفي الأعلى الغني ، والمعروف عرفًا كالمشروط شرعًا كما هو المروي عن أبي يوسف ، لهذا المعنى .

م: (**ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض**) ش: أي يدخل فيما إذا أوصى إلى مواليه المعتق في الصحة والمرض جميعًا م: (**ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده ، لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت ، فلا بد من تحقق الاسم قبله**) ش: أي من تحقق الاسم المولى قبل الموت ولم يتحقق ، لأن اسم المولى لا يتم إلا بعد عتقهم وعتقهم بعد الموت .

م: (**وعن أبي يوسف –رحمه الله– أنهم يدخلون ، لأن سبب الاستحقاق لازم**) ش: أي استحقاق الولاء لازم ، وهو التدبير والاستيلاد ، وهذه الرواية ذكرها الشيخ أبو المعين النسفي في « شرح الجامع » م: (**ويدخل فيه**) ش: أي في الإيصاء لمواليه م: (**عبد قال له مولاه إن لم أضربك فأنت حر لأن العتق يثبت قبل الموت عند تحقق عجزه**) ش: صورته : قال مولى العبد له : إن لم أضربك فأنت حر فمات قبل أن يضربه عتق قبل موته ودخل في الوصية ، لأنه من مواليه ، لأنه يعتق في آخر جزء من أجزاء الحياة لتحقق عدم الضرب منه في تلك الحالة ووقوع اليأس من حصوله ، فيصير مولى له ثم يتعقبه الموت ، ثم تنفذ الوصية فيكون مولى له وقت نفوذ الوصية وجوبها .

م: (**ولو كان له موال وأولاد موالي وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم**) ش: لأنهم مواليه حقيقة ، ولهذا لا يصح ، ففي ولاء أولاد الموالي عنه م: (**دون موالي الموالاة**) ش: أي لا يدخل ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

وعند أبي يوسف- رحمه الله-: أنهم يدخلون أيضًا ، والكل شركاء ؛ لأن الاسم يتناولهم على السواء . ومحمد- رحمه الله- يقول : الجهة مختلفة في المعتق الإنعام ، وفي الموالي عقد الالتزام، والإعتاق لازم ، فكان الاسم له أحق ، ولا يدخل فيهم موالي الموالي ؛ لأنهم موالي غيره حقيقة . بخلاف مواليه وأولادهم ، لأنهم ينسبون إليه بإعتاق وجد منه ، وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي ؛ لأن اللفظ لهم مجاز ، فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة . ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه ، والباقي للورثة ، لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ،

م: (**وعند أبي يوسف- رحمه الله-: أنهم يدخلون أيضًا ، والكل شركاء ؛ لأن الاسم يتناولهم على السواء**) ش: لأنه باشر سبب ولاء كل وحكي عن الكرخي : أن الوصية باطلة ، لأن الاسم يتناول كل فريق بطريق الحقيقة فلا يصح لمكان الجهالة .

م: (**ومحمد - رحمه الله-يقول : الجهة مختلفة في المعتق الإنعام وفي الموالي عقد الالتزام**) ش: بين اختلاف الجهة بقوله في المعتق ـ بكسر التاء ـ الإنعام ، وفي الموالي عقد الالتزام وهو ظاهر م: (**والإعتاق لازم**) ش: هذا جواب عما يقال : لما كانت الجهة مختلفة في المعتقين وموالي الموالاة في أحدهما الإنعام ، وفي الآخر عند الالتزام كان ينبغي أن يبطل الوصية ، فأجاب عنه بقوله : والإعتاق لازم لا يحتمل الفسخ م: (**فكان الاسم له أحق**) ش: وولاء الموالاة يحتمل الفسخ ، فكان اسم المولى للمعتق أولى وأحق من مولى المولاة .

م: (**ولا يدخل فيهم موالي الموالي**) ش: أي في الوصية للموالي م: (**لأنهم موالي غيره حقيقة**) ش: وليسوا بموالي الموصي حقيقة ، لأن مولاه حقيقة هو الذي باشر العتق ، وإنما أضيفوا إليه بطريق التسبيب مجازًا ، لأنه باشر سبب ما هو سبب ولائهم عتاقة للموالي الأولين، ولهذا يصح نفي الاسم عنهم بالاتفاق لأن هؤلاء ليسوا بمواليه ، وإنما هم موالي مواليه ، واللفظ إذا عمل بحقيقته لا ينصرف إلى المجاز .

م: (**بخلاف مواليه وأولادهم؛ لأنهم ينسبون إليه**) ش: أي إلى المولى م: (**بإعتاق وجد منه**) ش: أي من المولى م: (**وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي**) ش: يعني إذا لم يكن للموصي موالي أعتقهم ، ولا أولادهم تكون الوصية لموالي الموالي م: (**لأن اللفظ لهم مجاز**) ش: يعني إن اللفظ يتناولهم مجازًا م: (**فيصرف إليه**) ش: أي فينصرف اللفظ إلى المجاز م: (**عند تعذر اعتبار الحقيقة**) ش: لأن الحقيقة إذا لم تكن وجب العمل بالمجاز صونًا لكلام العاقل عن الإلغاء .

م: (**ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه ، والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز**) ش: لأن الحقيقة موجودة فينتفي المجاز . وقال العتابي في «شرح الجامع» : فإن

ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أو أبوه ؛ لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ، ولا مجازاً ، وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة ، بخلاف معتق البعض ؛ لأنه ينسب إليه بالولاء ، والله أعلم بالصواب .

كان من مواليه أو من أولادهم اثنان استحقا جميع الثلث لأن الاثنين جمع في باب الوصية كما في الميراث ، وإن كان واحداً فله النصف ، أي نصف الثلث ، لأنه نصف أدنى الجمع ، والنصف الآخر يصرف إلى ورثة الموصي لا إلى موالى المولى لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ، فإن لم يكن أحد من الموالي ولا من أولادهم فحينئذ يصرف إلى موالي الموالي .

م: (**ولا يدخل فيه**) ش: أي في الموالي في قوله ثلث مالي للموالي م: (**موال أعتقهم**) ش: هكذا في النسخ ، ولكن الصواب أعتقهم م: (**ابنه أو أبوه**) ش: كما ذكر في « الإيضاح » و« الجامع الكبير » للصدر حميد و« الكافي » وغيرها ، لأن التعليل الذي ذكره لا يطابق ما ذكره ، وإنما يصح فيمن أعتقهم أبوه أو ابنه ، ذكر في « الإيضاح » :

ولو كان له ابن وموالى أعتقه ابنه فأوصى بالثلث لمواليه لم يكن لموالي ابنه شيء م: (**لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازاً**) ش: فلم يدخلوا تحت اللفظ وفي نسخته : «ألا ترى » بخطه ، ولا يدخل فيه بموالي قد أعتقهم ابنه م: (**وإنما يجوز ميراثهم بالعصوبة**) ش: هذا جواب عما روي عن أبي يوسف أن موالي ابنه تدخل إذا مات أبوه وورث ولاءه ، لأنهم مواليه حكمًا ، ولهذا يجوز ميراثهم .

وبيانه أن احترازه الميراث ما كان لكونه مولى له ، لكن كشرع أقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث ، لأن الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال : « **الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث** » ، وهو نص صريح في عدم الانتقال ، فكان بطريق العصوبة .

م: (**بخلاف معتق البعض ؛ لأنه ينسب إليه بالولاء ، والله أعلم بالصواب**) ش: قال تاج الشريعة : قيل : الصواب المعتق ، وهكذا في « المبسوط » و« الإيضاح » يريد به إذا لم يكن موالي أولاد الموالي ، وقال السغناقي : هكذا وقع في النسخ وليس بصواب ، والصواب أن يقول : بخلاف معتق المعتق ، كما هو المذكور في « الإيضاح » ، لأنه يثبت بهذا الفرق بين موالي الموالي، وبين موال أعتقهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا في النسخة الصحيحة .

وقال الأترازي : قوله : «بخلاف معتق البعض» يرتبط بقوله : «ولا يدخل فيه موال قد أعتقهم ابنه» يعني أن معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالي ، لأنه مولاه حقيقة . بخلاف موالي الابن ، لأنهم ليسوا مواليه أصلاً ، ولكن يبقى أن يكون هذا على مذهبهما ، لأن معتق

....

البعض عند أبي حنيفة كالمكاتب، والمكاتب لا يدخل تحت الوصية للمولى ، فكذا معتق البعض ، فعن هذا غير بعضهم لفظ الكتاب وقال بخلاف معتق المعتق ، يعني أن معتق المعتق يدخل تحت الوصية للموالي إذا لم يكن الموالي ولا أولادهم ، لأن ولاء المعتق ينسب إلى الموصي مجازاً ، بخلاف معتق الابن ، فإنه لا ينسب إليه لا حقيقة ولا مجازاً . انتهى .

وقال الأكمل : وذكر بعض الشارحين أو النسخة في قوله : «ولا يدخل موالي أعتقهم بإثبات لفظ ابنه ، وها هنا بخلاف معتق البعض ، وجعله مرتبطًا بقوله : ولا يدخل فيه موالي أعتقهم أبيه ثم ساق الأكمل كلام الأترازي إلى آخر ما ذكرنا عنه ، لأنه أراد بقوله «بعض الشارحين» الأترازي ، ثم قال الأكمل في آخر كلامه : وفيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين ، وإن كان فيه بعد من حديث الإيراد على مذهبهما . انتهى .

قلت : لا بعد فيه على ما لا يخفى .

***

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال : وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ، وتجوز بذلك أبدًا ؛ لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل ، فكذا بعد الممات لحاجته ، كما في الأعيان ويكون محبوسًا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ، وتجوز مؤقتًا ومؤبدًا كما في العارية ، فإنها تمليك على

م: (باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)

ش: أي هذا باب في بيان حكم الوصية بسكنى داره وبخدمة عبده وثمرة بستانه ، ولما فرغ من بيان وصية الأعيان شرع في بيان وصية المنافع التي هي الأعراض وأخرجها عن الأعيان ، لأنها بعد الأعيان وجودًا فأخرها عنها .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ، وتجوز**) ش: الوصية بالمنفعة مؤقتًا ومؤبدًا عند أكثر أهل العلم ، وكذا بالغلة إلا عند ابن أبي ليلى ، فإنه قال : لا تصح ، لأن المنفعة معدومة ، ولا تصح بالمعدوم .

ولو وجد المنفعة والعلة بعد موت الموصي يكون ملكًا للوارث واعتبارًا لوصيته بعد الموت وتجوز م: (**بذلك**) ش: أي بإيصاء الأشياء المذكورة م: (**أبدًا ؛ لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل**) ش: كما في الإجارة م: (**وغير بدل**) ش: كما في الإعارة م: (**فكذا بعد الممات لحاجته**) ش: وهي تلاقي بعض ما فرط منه من التفريط م: (**كما في الأعيان**) ش: أي كما يصح تمليك المنافع في الحياة في الأعيان نحو الإجارة والإعارة .

م: (**ويكون**) ش: أي العين م: (**محبوسًا على ملكه**) ش: أي ملك الموصي م: (**في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف**) ش: وجه التشبيه بينهما من حيث أن كلاً منهما استيفاء المنافع الحادثة على حكم ملك الموصي والواقف ، وقد عرفت أن الواقف جنس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وكذلك هذه الوصية حبس العين على ملك الموصي والوصية بالمنفعة إلا أن هذه إذا كانت مؤقتة تعود إلى ملك الورثة بعد انقضاء الوقت .

م: (**وتجوز**) ش: أي الإيصاء بهذه الأشياء المذكورة حال كونه م: (**مؤقتًا**) ش: بأن عين مؤقتًا من الأيام أو الأشهر أو السنين م: (**ومؤبدًا**) ش: أي وحال كونه مؤبدًا م: (**كما في العارية**) ش: فإنها تجوز مؤقتة بوقت ، ويجوز بغير وقت م: (**فإنها**) ش: أي فإن العارية م: (**تمليك على**

أصلنا بخلاف الميراث ؛ لأنه خلافة فيما يتملكه المورث ، وذلك في عين تبقى ، والمنفعة عرض لا يبقى ، وكذا الوصية بغلة العبد والدار ؛ لأنه بدل المنفعة ، فأخذ حكمها ، والمعنى يشملهما . قال: فإن خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم إليه ليخدمه ، لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة . وإن كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يومًا ؛ لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين ، كما في الوصية في العين ،

أصلنا) ش: احترز به عن أصل الشافعي ، فإن أصلها عنده إباحة المنافع وهو قول الكرخي أيضًا، حتى لا يملك المستعير إجارة ما استعاره ولو كان تمليكًا لها لملك إجارتها .

ونحن نقول : إنما لم يجز إجارتها لأنها أقوى وألزم من الإعارة ، والشيء لا يستتبع مثله فبالأحرى أن لا يستتبع الأقوى ، وإذا كانت الإعارة تمليك المنافع فيجوز للمستعير إعارتها لغيره ، ولو كانت إباحة لما جازت ، وقد مر مستوفى في كتاب العارية .

م: (**بخلاف الميراث**) ش: أراد بهذا أن الوصية تخالف الميراث حيث لا يجري الميراث في المنفعة وهي الخدمة دون الرقبة م: (**لأنه**) ش: أي لأن الميراث ، أي الإرث م: (**خلافة**) ش: وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث م: (**فيما يتملكه المورث**) ش: يعني فيما كان ملكًا له ، وهذا لا يتصور إلا فيما لا يبقى وقتين ، وهو معنى قوله : م: (**وذلك في عين تبقى ، والمنفعة عرض لا يبقى**) ش: فيما يبقى وقتين ، بخلاف الوصية ، فإنها إيجاب ملك العقد بمنزلة الإجارة والإعارة .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذلك تجوز م: (**الوصية بغلة العبد والدار**) ش: كما تجوز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإيصاء بغلة م: (**بدل المنفعة ، فأخذ حكمها**) ش: أي حكم المنفعة م: (**والمعنى**) ش: وهو جماعة الوصي م: (**يشملهما**) ش: أي يشمل جواز الوصية بغلة العبد وجوازها بخدمته ، وكذلك في الدار .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**فإن خرجت رقبة العبد من الثلث**) ش: يعني إذا أوصى بخدمة العبد مؤبدًا م: (**يسلم إليه**) ش: أي يسلم العبد إلى الموصى له م: (**ليخدمه ، لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة**) ش: لأنهم لا حق لهم في الثلث .

م: (**وإن كان لا مال له**) ش: أي للموصي م: (**غيره**) ش: أي غير العبد الموصى بخدمته م: (**خدم الورثة يومين والموصى له**) ش: أي خدم الموصى له م: (**يومًا ؛ لأن حقه**) ش: أي حق الموصى له م: (**في الثلث وحقهم**) ش: أي وحق الورثة م: (**في الثلثين ، كما في الوصية في العين**) ش: أي كما أنهم يقسمون مع الموصى له بالثلث والثلثين فيما إذا أوصى بثلث في عين ولا مال له غيره .

ولا تمكن قسمة العبد أجزاء ؛ لأنه لا يتجزأ ، فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين ، بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثًا للانتفاع ؛ لأنه يمكن القسمة بالأجزاء ، وهو أعدل للتسوية بينهما زمانًا وذاتًا ، وفي المهايأة تقديم أحدهما زمانًا ، ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضاً ؛ لأن الحق لهم إلا أن الأول وهو الأعدل أولى، وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار . وعن أبي يوسف -رحمه الله- أن لهم ذلك ؛ لأنه خالص ملكهم . وجه الأول : أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر ، وتخرج الدار من الثلث . وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده ، والبيع يتضمن إبطال ذلك

م: (**ولا تمكن قسمة العبد أجزاء ؛ لأنه لا يتجزأ ، فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين**) ش: أي حق الموصى له وحق الورثة ، والمهايأة المشار به في المدة من حيث الزمان .

م: (**بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثًا للانتفاع ؛ لأنه يمكن القسمة بالأجزاء وهو**) ش: أي قسم عين الدار م: (**أعدل للتسوية بينهما**) ش: أي بين الموصى له وبين الورثة لأنه يحصل التسوية بينهم .

أي بين الموصى له والورثة م: (**زمانًا**) ش: أي من حيث الزمان ، لأن كل واحد يستوفي نصيبه من السكنى في الوقت الذي يستوفي صاحبه م: (**وذاتًا**) ش: أي من حيث الذات وهو ظاهر .

م: (**وفي المهايأة تقديم أحدهما زمانًا**) ش: أي من حيث الزمان ، لأن فيهما تقديم أحدهما على الآخر زمانًا ، فلا يصار إليها إلا عند تعذر القسمة بالأجزاء ، ولكن مع هذا تهاتر على القسمة من حيث الزمان جاز أيضًا ، وإليه أشار بقوله : م: (**ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضًا ؛ لأن الحق لهم ، إلا أن الأول وهو الأعدل أولى**) ش: لما ذكرنا أن كل واحد يستوفي نصيبه من السكنى في الوقت الذي يستوفيه صاحبه م: (**وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار**) ش: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله - في رواية .

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أن لهم ذلك ، لأنه خالص ملكهم**) ش: وبه قال أحمد في المنصوص عنه م: (**وجه الأول أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر، وتخرج الدار من الثلث**) ش: وكان هو أحق بسكنى جميعها م: (**وكذا له**) ش: أي إلى الموصى له م: (**حق المزاحمة**) ش: مع الورثة م: (**فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده**) ش: أي في يد الموصى له م: (**والبيع**) ش: أي بيع الورثة فيما في أيديهم م: (**يتضمن إبطال ذلك**) ش: أي حق المزاحمة م:

فمنعوا عنه . قال : فإن كان مات الموصى له عاد إلى الورثة . لأن الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ، فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته ، وذلك لا يجوز . ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية؛ لأن إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل . ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه ، قيل: يجوز ذلك ؛ لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود ، والأصح : أنه لا يجوز ؛ لأن الغلة دراهم أو دنانير وقد وجبت الوصية بها ، وهذا استيفاء المنافع ، وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة ، فإنه لو ظهر دين يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ، ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها ، وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار . وقال الشافعي -رحمه الله-:

(**فمنعوا عنه**) ش: أي منع الورثة عن البيع .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**فإن كان مات الموصى له عاد إلى الورثة ؛ لأن الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ، فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء**) ش: أي في الابتداء م: (**من ملك الموصي من غير مرضاته ، وذلك لا يجوز . ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية ؛ لأن إيجابها تعلق بالموت**) ش: أي لأن إيجاب الوصية يتعلق بموت الموصي م: (**على ما بيناه من قبل**) ش: اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية ، لأنها إيجاب عند الموت .

م: (**ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه**) ش: أي فاستخدم الموصى له العبد م: (**بنفسه أو سكنها**) ش: أي الدار م: (**بنفسه قيل : يجوز ذلك**) ش: قال الأسبيجابي : لم يذكر هذا في ظاهر الرواية ، واختلف المشايخ فيه فقال بعضهم : يجوز ذلك ، وبه قال أبو بكر الإسكاف م: (**لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود**) ش: وهو الانتفاع بالعبد أو الدار م: (**والأصح : أنه لا يجوز**) ش: وبه قال أبو بكر بن سعيد - رحمه الله - : م: (**لأن الغلة دراهم أو دنانير وقد وجبت الوصية بها**) ش: أي بالغلة م: (**وهذا**) ش: أي الاستخدام بنفسه والسكنى بنفسه م: (**استيفاء المنافع**) ش: من العبد والدار م: (**وهما**) ش: أي الغلة والمنافع م: (**متغايران**) ش: وهو ظاهر م: (**ومتفاوتان في حق الورثة ، فإنه لو ظهر دين**) ش: على الميت م: (**يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه**) ش: أي من الموصى له م: (**بعد استغلالها ولا يمكنهم**) ش: أي الاسترداد م: (**من المنافع بعد استيفائها بعينها**) ش: أي بعين المنافع .

م: (**وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار . وقال الشافعي - رحمه الله -** :

له ذلك ؛ لأنه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل أو غير بدل لأنها كالأعيان عنده. بخلاف العارية لأنها إباحة على أصله وليس بتمليك . ولنا : أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتباراً بالإعارة ، فإنها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا ، ولا يملك المستعير الإجارة ، لأنها تمليك ببدل ، كذا هذا ، وتحقيقه : أن التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ، ولا يملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل والوصية تبرع غير لازم ، إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره ، والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع ، فلهذا انقطع ما هو في وضعه فغير لازم ، ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا ، وفي تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة ، فإنما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعاً لملك الرقبة ، أو

له ذلك) ش: وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - م: **(لأنه)** ش: أي لأن الموصى له م: **(بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل أو غير بدل ، لأنها كالأعيان)** ش: لأن المنفعة كالأعيان وفي العين يصح الاعتياض عنه سواء بملك العين ببدل أو بغير بدل ، فكذلك يصح الاعتياض عن المنفعة إذا تملكها م: **(عنده)** ش: أي عند الشافعي .

م: **(بخلاف العارية)** ش: حيث لا يجوز م: **(لأنها)** ش: أي لأن العارية م: **(إباحة على أصله)** ش: أي على أصل الشافعي م: **(وليس بتمليك . ولنا : أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت ، فلا يملك تمليكه ببدل اعتباراً بالإعارة ، فإنها تمليك بغير بدل)** ش: ولهذا تنعقد بلفظ التمليك ، حتى لو قال : ملكتك منفعة هذه الدار كانت عارية صحيحة م: **(في حالة الحياة على أصلنا ، وفلا يملك المستعير الإجارة ؛ لأنها تمليك ببدل ، كذا هذا . وتحقيقه : أن التمليك ببدل لازم ، وبغير بدل غير لازم ، فلا يملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل والوصية تبرع غير لازم ، إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره)** ش: هذا جواب عما يقال الوصية وإن كانت غير لازمة ابتداء ، لكن تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ ، فأجاب بقوله : إن الرجوع إنما يكون للمتبرع لا بغيره ، أي لا يكون .

م: **(والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع)** ش: بعد الموت م: **(فلهذا انقطع ما هو)** ش: أي الوصية على تأويل الإيصاء م: **(في وضعه فغير لازم)** ش: والاعتبار للموضوعات الأصلية م: **(ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا ، وفي تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها)** ش: أي في المنفعة م: **(تحقيقًا للمساواة في عقد المعاوضة ، فإنما تثبت هذه الولاية)** ش: يعني ولاية إحداث صفة المالية في المنافع م: **(لمن يملكها)** ش: أي لمن تملك المنافع م: **(تبعًا لملك الرقبة)** ش: أي في ضمن ملكها م: **(أو**

لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها ، أما إذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكاً أكثر مما تملكه معني ، وهذا لا يجوز . وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث ؛ لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي ، فإذا كانوا في مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر ، وإذا كانوا في غيره فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم . ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضاً ؛ لأنه

لمن يملكها) ش: أي المنافع م: (بعقد المعاوضة) ش: كالإجارة ، فإنه يجوز للمستأجر أن يؤاجر العين ، ويملك منفعتها من غيره إذا كانت العين مما يختلف باختلاف المستعمل م: (حتى يكون مملكًا لها بالصفة التي تملكها ، أما إذا تملكها) ش: أي المنافع م: (مقصودة بغير عوض) ش: لا في ضمن شيء آخر م: (ثم ملكها بعوض) ش: بالإجارة م: (كان مملكًا أكثر مما تملكه معنى ، وهذا لا يجوز) ش: يعني بناء على ما قال لا يملك الأقوى بالأضعف .

واعترض عليه بإجارة الحر نفسه ، فإنه لا يملك منفعته تبعًا لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة . ويجوز له أن يملكها ببدل .

وأجيب بأن : كلام المصنف - رحمه الله - في الوصية مراده بالنفقة منفعة يجوز الوصية بها ، ومنفعة الحر ليست كذلك ، فلا يكون واردًا عليه .

م: (وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة) ش: يعني إذا أوصى رجل من أهل الكوفة بخدمة عبده لزيد مثلاً فليس لزيد أن يخرج هذا العبد الموصى بخدمته من الكوفة إلى موضع آخر يستخدمه فيه م: (إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك) ش: وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور - رحمهم الله - : له إخراجه مطلقًا م: (إذا كان يخرج من الثلث) ش: احترز به عما إذا لم يخرج من الثلث فإنه ليس له الإخراج إلى أهله إلا بإجازة الورثة م: (لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي ، فإذا كانوا) ش: أي الموصى له وأهله م: (في مصره) ش: أي في مصر الموصي م: (فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه) ش: أي في مصره م: (بدون أن يلزمه مشقة السفر ، وإن كانوا في غيره) ش: مصره، أي في غير مصر الموصي م: (فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم) ش: وهذا معلوم بدلالة الحال .

م: (ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضًا) ش: أي كما يجوز أن يوصي بخدمة العبد وسكنى الدار م: (لأنه) ش: أي لأن الغلة على تأويل المال ، أو ذكره بذكر الحر وهو المال ، ولا

بدل المنفعة ، فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به ، كيف وأنه عين حقيقة ؛ لأنه دراهم أو دنانير ، فكان بالجواز أولى .ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة ، لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء ، فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف - رحمه الله-، فإنه يقول : الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك ، فكذلك للموصى له ، إلا أنا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة ، إذ هو المطالب . ولا حق له في عين الدار ، وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار . ولو أوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته ، وهو يخرج من الثلث ، فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة ؛ لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منه لأحدهما على الآخر ، فتعتبر هذه الحالة

نعلم فيه خلافًا م: (بدل المنفعة ، فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف) ش: أي كيف لا يجوز م: (وأنه عين حقيقة) ش: أي والحال أن الغلة على تأويل المال م: (لأنه دراهم أو دنانير ، فكان بالجواز أولى) ش: أي فكان الإيصاء بالغلة أقرب إلى الجواز من الإيصاء بالخدمة ، لأن الخدمة منفعة بحصة ليست فيها العينية ، ولهذا لم يجز على قول ابن أبي ليلى ، فإذا جاز الإيصاء بالخدمة جاز الإيصاء بالغلة بالطريق الأولى ، لأنها عبارة عن مال عين وهي الدراهم أو الدنانير.

م: (ولو لم يكن له مال غيره) ش: أي غير الغلة ، والتذكير في الضمائر على التأويل كما ذكرنا م: (كان له) ش: أي للموصى له م: (ثلث غلة تلك السنة) ش: يعني إذا لم يجز الورثة فكانت الوصية بغلة عبده م: (لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء ، فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف - رحمه الله-) ش: ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح « الكافي » م: (فإنه) ش: أي فإن أبا يوسف م: (يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك) ش: أي طلب القسمة م: (فكذلك) ش: يجوز للموصى له) ش: طلب القسمة .

م: (إلا أنا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة ، إذ هو المطالب ، ولا حق له في عين الدار ، وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار . ولو أوصى له بخدمة عبده ولآخر) ش: أي أوصى لشخص آخر م: (برقبته) ش: أي برقبة العبد م: (وهو يخرج من الثلث) ش: الواو فيه للحال م: (فالرقبة لصاحب الرقبة ، والخدمة عليها لصاحب الخدمة، لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئًا معلومًا عطفًا منه لأحدهما على الآخر) ش: معناه أنه عطف قوله : لآخر برقبته بالراء ، وعلى قوله: أوصى له بخدمة عبده م: (فتعتبر هذه الحالة) ش: أي حال

بحالة الانفراد ، ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثاً للورثة مع كون الخدمة للموصى له ، فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر إذ الوصية أخت الميراث من حيث إن الملك يثبت فيهما بعد الموت . ولها نظائر ، وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها وهي تخرج من الثلث ، أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه ، أو قال: هذه القوصرة لفلان وما فيها من الثمر لفلان ، كان كما

العطف م: (**بحالة الانفراد**) ش: إحدى الوصيتين عن الأخرى ، فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما .

وقوله : م: (**ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة**) ش: ، كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد م: (**فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثًا للورثة مع كون الخدمة للموصى له**) ش: من غير اشتراك م: (**فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر**) ش: يكون الرقبة للموصى له بالرقبة خاصة، فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر م: (**إذ الوصية أخت الميراث من حيث إن الملك يثبت فيهما بعد الموت**) ش: ثم العبد الموصى بخدمة الشخص وبرقبته لآخر إما أن يكون أدرك حق الخدمة أو لا ، فإن كان للثاني منفعة على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة ، لأن بالاتفاق عليه تنمو العين ، وذلك منفعة لصاحب الرقبة .

فإذا أدرك الخدمة صار كالكبير . والمنفعة في الكبير على من له الخدمة ، لأنه إنما يتمكن من استخدامه بالاتفاق عليه ، إذ العبد لا يقوى على الخدمة إلا به ، وإن كان الاتفاق عليه رده إلى من له الرقبة كالمستعير مع المعير .

وفي « المبسوط » و« الجامع » للتمرتاشي نفقة العبد الموصى لخدمته وكسوته على صاحب الخدمة ، وبه قال الاصطخري من أصحاب الشافعي وأحمد - رحمهما الله - في رواية . وقال الشافعي وأحمد في ظاهر مذهبهما : على صاحب الرقبة ، وفي قول للشافعي- رحمه الله - : يجب في كسبه ، فإن لم يف ففي بيت المال .

وإن جنى جناية فالفداء على من له الخدمة . وفي « المحيط »: لو أبى صاحب الخدمة أن يفديه فداه صاحب الرقبة أو يدفعه ويطلب الوصية .

م: (**ولها**) ش: أي وبهذه المسألة م: (**نظائر**) ش: ذكرها المصنف واضحة م: (**وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها**) ش: أي أوصى بما في بطنها م: **لآخر** (**وهي**) ش: أي الأمة م: (**تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه أو قال : هذه القوصرة**) ش: بالتشديد والتخفيف، وهي التمر يتخذ من القضب م: (**لفلان وما فيها من الثمر لفلان كان كما أوصى ولا**

أوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها ،أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف- رحمه الله- ، وعلى قول محمد : الأمة للموصى له بها ، والولد بينهما نصفان ، وكذلك في أخواتها . لأبي يوسف - رحمه الله-: أن بإيجابه في الكلام الثاني تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد ، وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصولاً ؛ لأن الوصية لا تلزم شيئاً في حال حياة الموصي ، فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة . ولمحمد - رحمه الله -: أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص ، وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها ، واسم القوصرة كذلك .

شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها) ش: المظروف هو الولد والفص والتمر ، هذا إذا كان أحد الإيجابين موصولاً بالآخر .

م: (أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فيها) ش: أي في هذه المسائل م: (فكذلك الجواب عند أبي يوسف- رحمه الله -) ش: أي كان كما أوصى ، ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف م: (وعلى قول محمد الأمة للموصى له بها والولد بينهما نصفان ، وكذلك في أخواتها) ش: والصواب في أختيها وهو الخاتم مع الفص ، والقوصرة مع التمر كذلك ، قاله الكاكي .

وقال الأترازي : أي أخوات مسألة الوصية بالأمة لرجل وبما في بطنها لآخر ، وأراد بأخواتها مسألة الخاتم مع الفص ، ومسألة القوصرة مع التمر ، ومسألة الشاة مع الصوف ، ومسألة الدار مع البناء ، ومسألة السيف مع الحلية ، والبستان والتمر مثل ذلك ، والأرض والنخل مثل ذلك .

م: (لأبي يوسف - رحمه الله - : أن بإيجابه في الكلام الثاني تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد ، وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصولاً ؛ لأن الوصية لا تلزم شيئًا في حال حياة الموصي ، فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء ، كما في وصية الرقبة والخدمة) ش: فإن هناك الموصول والمفصول سواء في الحكم

م: (ولمحمد- رحمه الله -:) ش: تأخير تعليل محمد ، والجواب عما استدل به أبو يوسف في الكتاب . وفي « المبسوط » دليل على أن المعمول على قول محمد: م: (أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص ، وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها ، واسم القوصرة كذلك) ش: يعني يطلق على التمر والظرف جميعًا .

ومن أصلنا أن العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بإيجاب على حدة ، فيجعل الفص بينهما نصفين ، ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعاً عن الأول ، كما إذا أوصى للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة ؛ لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة ، وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه ، فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً ؛ لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء ، فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص . قال : ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها .

م: (ومن أصلنا أن العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص) ش: في أنه يوجب الحكم فيما يتناوله على وجه القطع ، فإذا كان كذلك م: (فقد اجتمع في الفص وصيتان ، وكل منهما وصية بإيجاب على حدة ، فيجعل الفص بينهما نصفين ، ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعًا عن الأول ، كما إذا أوصى للثاني بالخاتم) ش: لا يكون ذلك رجوعًا عن الأول ، بل يكون الفص بينهما .

م: (بخلاف الخدمة مع الرقبة) ش: بأن أوصى برقبة العبد لإنسان وبرقبته لآخر يكون ذلك كما أوصى ، ولا تكون الخدمة مشتركة بينهما م: (لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة ، وإنما يستخدمه الموصى له) ش: بالرقبة م: (بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه) ش: ولا حق للغير فيه م: (فإذا أوجب الخدمة لغيره) ش: أي إذا أوصى بالخدمة لغيره م: (لا يبقى للموصى له فيه حق) ش: في الخدمة ، فكان الموصى له أخص بالخدمة .

م: (بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً ؛ لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء) ش: ذلك بيان تغير ، فيصح بشرط الوصي م: (فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص) .

فإن قيل : الذي أوصى له بالخاتم فقد أوصى له بالفص أيضًا فلم لا يكون الفص ببينهما ؟ .

أجيب بأن وصية صاحب الفص أقوى ، لأنه مقصود إليه ، ووصيته للآخر على وجه التبع ، فصار وصية صاحب الفص أولى وأقوى ، لأنه مقصود إليه ، فوجب أن يكون أولى ، لأن في الوصايا يعتبر الأقوى فالأقوى ، ولهذا كان العتق في المرض أقوى من سائر الوصايا .

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها) ش: أي في الثمرة الموجودة وقت الموت ، وإنما قيد بقوله وفيه ثمرة لأنه إذا لم يكن فيها ثمرة والمسألة بحالها ، فمسألة الثمرة كمسألة الغلة في أنه يتناول المعدوم ما عاش ، ذكره في « المبسوط » ، ثم سقى البستان وخراجه وما فيه صلاحه على

وإن قال: له ثمرة بستاني أبداً فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش . وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل ، والفرق: أن الثمرة اسم للموجود عرفاً ، فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد ؛ لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئاً . أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة أخرى عرفاً ، يقال : فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره ، فإذا أطلقته يتناولهما عرفاً غير موقوف على دلالة أخرى ، أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود ، فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد . قال : ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال

صاحب الغلة ، لأنه هو المنتفع به كما في النفقة . والخلاف فيه كالخلاف في النفقة .

م: (**وإن قال له ثمرة بستاني أبداً فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش ، وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل ، والفرق**) ش: بين الغلة والثمرة م: (**أن الثمرة اسم للموجود عرفًا**) ش: وفي « المبسوط » الثمرة اسم للموجود حقيقة م: (**فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد ؛ لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئًا**) ش: يعني إذا نص على الأبد تدخل الثمار الموجودة باعتبار أنه مذكور لا باعتبار أن المعدوم شيء ، كما إذا أوصى بثلث ماله لزيد ولا مال له ثم اكتسب مالاً عند الموت يستحق ثلثه باعتبار أن المعدوم مذكور ، لا باعتبار أن المعدوم شيء ، وهذا بقي كقول المعتزلة واستدلالهم لهذه المسألة على أن المعدوم شيء .

م: (**أما الغلة فتنتظر الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة أخرى عرفًا ، يقال : فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره ، فإذا أطلقت**) ش: أي الغلة م: (**يتناولهما عرفًا**) ش: أي الموجود والحادث م: (**غير موقوف على دلالة أخرى ، أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود ، فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد**) ش: مثل ما إذا قال : أبدًا ، وما عاش ، علمنا أنه أراد به الموجود والحادث جميعًا ، فيصرف إليهما وإن لم يكن في البستان ثمرة وقت الموت فإن في القياس لا شيء له . وفي الاستحسان لو لم يدخل فيه ثمرة البستان [. . . .] كلام الموصى ، ولو دخل فيه صح كلامه ، والكلام إذا احتمل الصحة والفساد حمل على الصحة كما قالوا فيمن أوصى لولد فلان وليس له ولد جاز منه الوصية لولد ولده، فكذا هذا .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م: (**ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدًا أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله**) ش: أي فللرجل الذي أوصى له م: (**ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال**

أبداً أو لم يقل ؛ لأنه إيجاب عند الموت ، فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ ، وهذا بخلاف ما تقدم . والفرق : أن القياس يأبى تمليك المعدوم ؛ لأنه لا يقبل الملك إلا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الأولى ؛ لأن بابها أوسع ، أما الولد المعدوم وأختاه فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلاً ولا تستحق بعقد ما، فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعاً ، وبعقد الخلع مقصوداً ، فكذا بالوصية ، والله أعلم بالصواب .

أبدًا أو لم يقل ؛ لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ ، وهذا) ش: أي الإيصاء بصوف الغنم على ظهورها أو نحوه م: (بخلاف ما تقدم) ش: من المذكور من الوصية بثمرة البستان والوصية بالغلة .

م: (والفرق) ش: بين هذا وبين ما تقدم م: (أن القياس يأبى تمليك المعدوم) ش: من هذه الأشياء م: (لأنه) ش: المعدوم م: (لا يقبل الملك) ش: والحادث فيها متولد من أصل مملوك للوارث م: (إلا أن في الثمرة) ش: أي إلا أن في استحقاق الثمرة م: (والغلة المعدومة) ش: أي في استحقاق الغلة المعدومة م: (جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة) ش: وفي بعض النسخ : كالإجارة والمعاملة م: (فاقتضى ذلك) ش: أي ورود الشرع فيما ذكر م: (جوازه) ش: أي جواز العقد م: (في الوصية بالطريق الأولى ؛ لأن بابها أوسع) ش: لأن باب الوصية أوسع من غيرها .

م: (أما الولد المعدوم وأختاه) ش: أي أختا الولد المعدوم ، وهما الصوف المعدوم واللبن المعدوم م: (فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلاً ولا تستحق بعقد ما) ش: أي لا يصح استحقاقها أصلاً بعقد من العقود م: (فكذلك لا يدخل تحت الوصية) ش: ولا يصح استحقاقها بعقد الوصية أيضًا.

م: (بخلاف الموجود منها) ش: أي من الأشياء المذكورة م: (لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعًا) ش: حيث يدخل الصوف في بيع الغنم واللبن لذلك م: (وبعقد الخلع) ش: أي يدخل بعقد الخلع م: (مقصودًا) ش: صورته : قالت لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي أو غنمي صح وله ما في بطنها وإن لم يكن في البطن شيء له فلا شيء له وما حدث بعده للمرأة ، لأن ما في البطن قد يكون له قيمة وقد لا يكون ، فلم تغرم ، حتى لو قالت : على حمل جاريتي وليس في بطنها حمل يرد المهر ، كذا قال في التعامل م: (فكذا بالوصية) ش: أي فكذا تجوز بها م: (والله أعلم بالصواب) .

***

باب وصية الذمي

قال : وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث ؛ لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة – رحمه الله –، والوقف عنده يورث ولا يلزم ، فكذا هذا . وأما عندهما: فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما . قال: ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه: إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث ؛ لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك ، وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين .

م: (باب وصية الذمي)

ش: هذا باب في بيان حكم وصية الذمي .

م: (قال) ش: أي محمد – رحمه الله – في « الجامع الصغير » : م: (**وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة**) ش: للنصارى ، والأصح أن البيعة للنصارى والكنيسة لليهود م: (**في صحته ثم مات فهو ميراث**) ش: بالاتفاق بين أصحابنا على اختلاف التخريج ، أشار بقوله م: (**لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة– رحمه الله –، والوقف عنده يورث ولا يلزم**) ش: إلا بحكم الحاكم لما عرف في كتاب الوقف م: (**فكذا هذا**) ش: يعني الوقف إذا كان لمسلم يورث ، فكذا إذا كان لذمي ، لكن إذا لم يكن . فإن كان مسجداً لا يورث ولا يقال البيعة في حقهم كالمسجد في حقنا ، والمسلم لو جعل داره مسجداً لا يورث ، فينبغي أن تكون البيعة كذلك ، لأنا نقول: المسجد محرز عن حقوق العباد فيصير لله تعالى خالصًا فلا يورث ، ولا كذلك البيعة ، لأن البيع عندهم للمنافع ، فإن أساقفتهم تسكن فيها وتدفن فيها موتاهم ، كذا في « جامع قاضي خان » وغيره .

م: (**وأما عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – : م: (**فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما**) ش: أي فلا تصَح الوصية بالمعصية ، وهو قول الأئمة الثلاثة ، فإذا كان كذلك فيورث بالاتفاق بلا خلاف بين العلماء ، والخلاف في التخريج كما رأته .

م: (**قال**) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (**ولو أوصى**) ش: أي الذمي م: (**بذلك**) ش: أي محمد في « الجامع الصغير »، أي كنيسة على ما فسره المصنف الآن م: (**لقوم مسمين**) ش: أي معلومين يحصى عددهم جاز بالاتفاق ، وفيه خلاف الشافعي وأحمد – رحمهما الله .

م: (**فهو من الثلث**) ش: أي فهو جائز من ثلثه ، قال المصنف : م: (**معناه : إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث ؛ لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله**) ش: أي وللذمي م: (**ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين**) ش: أي معنى الاستحقاق ومعنى التمليك .

قال : وإن أوصى بداره كنسية لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة - رحمه الله-. وقالا : الوصية باطلة ، لأن هذه معصية حقيقة ، وإن كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية . ولأبي حنيفة - رحمه الله-:أن هذه قربة في معتقدهم ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون ، فتجوز بناء على اعتقادهم ، ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتباراً لاعتقادهم ، فكذا عكسه .ثم الفرق لأبي حنيفة- رحمه الله- بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به : أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني ، وإنما يزول ملكه بأن يصير محرزاً خالصاً لله تعالى ، كما في مساجد المسلمين ، والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة . فتبقى ملكاً للباني فتورث عنه ،

م: (قال) ش: أي محمد- رحمه الله- : م: (وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة - رحمه الله-، وقالا : الوصية باطلة ؛ لأن هذه معصية حقيقة ، وإن كان في معتقدهم قربة ، والوصية بالمعصية باطلة) ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة م: (لما في تنفيذها) ش: أي لتنفيذ هذه الوصية م: (من تقرير المعصية) ش: وهو لا يجوز .

م: (ولأبي حنيفة - رحمه الله-: أن هذه قربة في معتقدهم ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) ش: وفي بعض النسخ : وما يعتقدون م: (فتجوز بناء على اعتقادهم) ش: ثم أوضح ذلك بقوله : م: (ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارًا لاعتقادهم ، فكذا عكسه) ش: الأصل في هذا الاعتبار المعتقد ، فإنهم لو أوصوا بالحج لم يعتبر، وإن كان عبادة عندنا بلا خلاف . فكذا إذا أوصوا بما هو في اعتقادهم عبادة صح ، وإن كان عندنا معصية لأنا أمرنا بتركهم وما يدينون كما في الخمر والخنزير ، حيث يجوز بينهم فيما بينهم ، لأنهم يدينون جواز ذلك وهم يدينون جواز الإيصاء ببناء البيعة والكنيسة فيجوز ذلك فيما على اعتقادهم قالوا : هذا الاختلاف إذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة في القرى ، أما في المصر فلا يجوز باتفاق ، لأنهم لا يمكنون من إحداث ذلك في الإيصاء.

م: (ثم الفرق لأبي حنيفة - رحمه الله-بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به) ش: أي ببناء ذلك ثم مات يورث ، وإذا أوصى ببناء ذلك ثم مات لا تورث: م: (أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وإما يزول ملكه بأن يصير محرزاً خالصًا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة) ش: ألا ترى أن أساقفتهم ورهبانهم يسكنون فيها في الحجرات ويدفنون فيها موتاهم ، والمسمى أيضًا إذا لم يكن خالصًا لله تعالى يورث ، كما إذا جعل داره مسجدًا وتحته سرداب وفوقه بيت ، وإذا كان الأمر كذلك م: (فتبقى ملكًا للباني فتورث عنه) .

ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها ، فلم يتحرز لتعلق حق العباد به ، وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضاً لعدم تحرزه ، بخلاف الوصية ؛ لأنه وضع لإزالة الملك ، إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم ، فبقي فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث . ثم الحاصل أن وصايا الذمي على أربعة أقسام منها: أن تكون قربة في معتقدهم ، ولا تكون قربة في حقنا ، وهو ما ذكرناه . وأما إذا أوصى الذمي بأن تذبح خنازيره وتطعم المشركين ، وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه ، والوجه ما بيناه . ومنها : إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم ، كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبني مسجداً للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين ، فهذه الوصية باطلة بالإجماع اعتباراً لاعتقادهم ، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكاً ؛ لأنهم معلومون والجهة مشهورة .

م: (ولأنهم يبنون فيها) ش: دليلاً آخر ، أي في البيع والكنائس م: (الحجرات) ش: وهي جمع حجرة م: (ويسكنونها فلم يتحرز لتعلق حق العباد به ، وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضًا لعدم تحرزه ، بخلاف الوصية) ش: متصل بقوله : إن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني م: (لأنه وضع لإزالة الملك) ش: أي لأن الوصية على تأويل الإيصاء أيضًا لإزالة الملك م: (إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه) ش: أي مقتضى الوصية على التأويل أيضًا م: (في غير ما هو قربة عندهم فبقي) ش: أي الوصية على التأويل المذكور م: (فيما هو قربة على مقتضاه ، فيزول ملكه فلا يورث) .

م: (ثم الحاصل) ش: في هذه : م: (أن وصايا الذمي على أربعة أقسام ، منها أن تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا ، وهو ما ذكرناه) ش: أراد به الوصية ببناء البيعة والكنيسة م: (وأما إذا أوصى الذمي بأن تذبح خنازيره وتطعم المشركين ، وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه) ش: وهو قوله : وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة- رحمه الله - . . . إلخ .

م: (والوجه ما بيناه) ش: أي من الجانبين وهو المعتبر عنده اعتقادهم ، وعندهما : أنها وصية بمعصية .

م: (ومنها : إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم ، كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبني مسجداً للمسلمين ، أو بأن يسرج في مساجد المسلمين ، فهذه الوصية باطلة بالإجماع اعتباراً لاعتقادهم ، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم) ش: فإنها تصح م: (لوقوعه تمليكًا ، لأنهم معلومون والجهة مشهورة) ش: يعني أن كلامه في صرف المال الموصى به أي استضاءة المسجد وغيرها مخرج منه على الطريق المشهورة لا على طريق الإلزام .

قال قاضي خان : ولو كان لقوم بأعيانهم صحت ، ويكون تمليكًا منهم وتبطل الجهة التي

ومنها : إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم ، كما إذا أوصى بأن تسرج في بيت المقدس أو يغزي الترك وهو من الروم ، وهذا جائز سواء كانت لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم ؛ لأنه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم أيضاً . ومنها إذا أوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم ، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات فإن هذا غير جائز ؛ لأنه معصية في حقنا وفي حقهم ، إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكاً واستخلافاً ، وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم ؛ لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر . وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه - رحمهم الله-، وفي المرتدة ، الأصح أنه تصح وصاياها ؛ لأنها تبقى على الردة ،

عينها ، إن شاء فعلوا وإن شاء تركوا ، وإن كانوا لا يحصون لا تصح الوصية ، لأنه لا يمكن تصحيحه تمليكًا ، وأنها ليست بقربة في اعتقادهم .

ومنها : إذا أوصى بأن يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم ، كما إذا أوصى بالحج ، أو بأن يعني مسجد المسلمين ، أو بأن يسرج في مساجد المسلمين ، وهذه الوصية باطلة بالإجماع إخبارًا ؛ لاعتقادهم ، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكًا ، لأنهم معلومون والجهة مشهورة .

م: (**ومنها: إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم ، كما إذا أوصى بأن تسرج في بيت المقدس أو يغزي الترك وهو**) ش: الذي أوصى م: (**من الروم وهذا جائز ، سواء كان لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم ؛ لأنه وصية بما هو قربة حقيقة ، وفي معتقدهم أيضًا**) ش: أن الديانة متفقة من الكل على ذلك ، لأن هذا ، مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة جميعًا .

م: (**ومنها : إذا أوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم ، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات ، فإن هذا غير جائز ، لأنه معصية في حقنا وفي حقهم ، إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكًا واستخلافًا ، وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم ؛ لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر . وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته**) ش: إلا أن يكون لقوم بأعيانهم ، لأنه وصية، فتصح تمليكًا واستخلافًا ، وصاحب الهوى إذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم ، لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر ، وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد ، فيكون على الخلاف المعروف م: (**بين أبي حنيفة وصاحبيه- رحمه الله-**) ش: وهو: أن ملكه لا يزول عنده خلافًا لهما.

م: (**وفي المرتدة : الأصح أنه تصح وصاياها ، لأنها تبقى على الردة**) ش: ولا تقتل فصارت

بخلاف المرتد ؛ لأنه يقتل أو يسلم . قال : وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز ؛ لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ، ولهذا تنفذ إجازتهم ، وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب ، إذ هم أموات في حقنا ، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان ، والأمان كان لحقه لا لحق ورثته . فلو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته الذين في دار الحرب وإن كانت ورثته معه حين دخل بالأمان وأوصى بماله كله يتوقف على إجازتهم ، وذلك من حق المستأمن أيضاً . ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده في دار الإسلام ، فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا . وكذلك لو أوصى له مسلم

كالذمية في صحة الوصية م: (**بخلاف المرتد ، لأنه يقتل أو يسلم**) ش: وذكر المصنف في «زياداته» على خلاف هذا .

وقال : قال بعضهم : لا يكون بمنزلة الذمية ، وهو الصحيح ، حتى لا يصح منها وصية . والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها ، أما المرتدة لا تقر على اعتقادها ، لأنها تجبر على الإسلام بالحبس ولا منافاة بين كلاميه ، لأنه قال هناك: «الصحيح» وها هنا «الأصح»، وهما مصدقان .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م: (**وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز ؛ لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ، ولهذا ينفذ بإجازتهم ، وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب إذ هم أموات في حقنا**) ش: أي حكمهم كحكم الأموات .

م: (**ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان والأمان كان لحقه لا لحق ورثته . فلو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته الذين في دار الحرب وإن كانت ورثته معه حين دخل بالأمان وأوصى بماله كله يتوقف على إجازتهم**) ش: وإليه الإشارة في الكتاب بقوله : وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب م: (**وذلك من حق المستأمن أيضًا**) ش: هذا جواب عما يرد على قوله : ورد الباقي على ورثته ، وهو أن يقال : قد قلت : ليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ؟ ووجهه : أن ذلك المرد على الورثة أيضًا مراعاة لحق المستأمن لا من حقه تسليم ماله إلى ورثته عند الفراغ من حاجته ، والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك .

م: (**ولو أعتق عبده**) ش: أي عبد الحربي م: (**عند الموت أو دبر عبده في دار الإسلام ، فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا**) ش: إشارة إلى قوله : لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة إلى آخره م: (**وكذلك لو أوصى له مسلم**) ش: أي وكذا الحكم لو أوصى للحربي

أو ذمي بوصية جاز ؛ لأنه ما دام في دار الإسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ، ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حياته، ويصح تبرعه في حياته ، فكذا بعد مماته ، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله-أنه لا يجوز ؛ لأنه مستأمن من أهل الحرب إذ هو على قصد الرجوع ، ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية . ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث لبعض ورثته لا يجوز اعتباراً بالمسلمين ؛ لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات ، ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتباراً بالإرث ، إذ الكفر كله ملة واحدة . ولو أوصى لحربي في دار الإسلام لا يجوز ؛ لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته ، والله أعلم بالصواب .

الذمي دخل بأمان مسلم م: (أو ذمي بوصية جاز ؛ لأنه ما دام في دار الإسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ، ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حياته ، ويصح تبرعه في حياته ، فكذا بعد مماته) .

م: (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله-: أنه لا يجوز ؛ لأنه مستأمن من أهل الحرب ، إذ هو على قصد الرجوع ، ويمكن منه) ش: أي من الرجوع م: (ولا يمكن من زيادة المقام) ش: أي الإقامة م: (على السنة إلا بالجزية) .

م: (ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث لبعض ورثته) ش: أو أوصى بعض ورثته بوصية م: (لا يجوز اعتباراً بالسلمين ؛ لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات ، ولو أوصى لخلاف ملته) ش: بأن أوصى نصراني أو يهودي أو بالعكس م: (جاز اعتباراً بالإرث ، إذا الكفر كله ملة واحدة) .

م: (ولو أوصى) ش: الذمي في دار الإسلام م: (لحربي) ش: في دار الحرب ، وقوله م: (في دار الإسلام) ش: ظرف لقوله : «أوصى» لا لقوله : «حربي» ، لأن الذمي تجوز وصيته كمستأمن في دار الإسلام . قوله : م: (لا يجوز) ش: جواب م: (لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته) ش: أي أخت الإرث ، وعند مالك وأحمد -رحمه الله- وأكثر أصحاب الشافعي -رحمه الله-: يجوز م: (والله أعلم بالصواب) .

***

باب ما يتعلق بأحكام الموصي ، وما يملكه

قال : ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد ، لأن الميت مضى لسبيله معتمداً عليه ، فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته فرد رده ، بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله ، حيث يصح رده في غير وجهه ؛ لأنه لا ضرر هناك ؛ لأنه حي قادر على التصرف بنفسه .

م: **(باب ما يتعلق بأحكام الموصي ، وما يملكه)**

ش: أي هذا باب في بيان ما يتعلق بأحكام الوصي ، وهو الذي يوصى إليه ، وفي بيان حكم ما يملك الوصي . ولما فرغ من أحكام الموصى له شرع في بيان الموصى إليه ، وقدم الموصى له لكثرة وقوعه .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها)** ش: أي الوصية م: **(في غير وجهه)** ش: أي بغير علم الموصي م: **(فليس برد)** ش: يعني لا يعتبر برده م: **(لأن الميت مضى لسبيله)** ش: أي مات حال كونه م: **(معتمداً عليه)** ش: أي على الوصي الذي قبل في وجه الميت م: **(فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته فرد رده)** ش: أي رد الوصي بغير علم الموصي وبعد مماته .

وقال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- له رده بغير علمه وبعد موته . وعن أحمد -رحمه الله- : رواية في الرد وبعد موته مثل قولنا .

م: **(بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه ، أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه ، لأنه لا ضرر هناك ؛ لأنه حي قادر على التصرف بنفسه)** ش: قوله : «بغير عينه » احتراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه ، لأنه لا يملك عزل نفسه ثمة أيضًا بغير علم الموكل ، كما في الوصي ، لأنه يؤدي إلى تقرير الموكل .

وفي «النهاية» : هذا الذي ذكره معنى صاحب « الهداية» مخالف لعامة روايات الكتب من «الذخيرة » و«أدب القاضي» للصدر الشهيد و«جامع المحبوبي» و«فتاوي قاضي خان » -رحمهم الله- ؛ حيث ذكر فيها : أن الوكيل لو عزل نفسه حال غيبة الموكل وكذا من غير علمه لا ينعزل، حتى لو عزل نفسه لا يخرج عن الوكالة .

وقال الأترازي : أداه كله بشراء شيء بعينه له أن يعزل نفسه بمحضر من موكله على قول بعض المشايخ ، وإليه أشار صاحب «الهداية » في كتاب الوكالة في فصل «الشراء بقوله ولا يملك على ما قيل إلا بمحضر من الموكل ، إذا لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول

فإن ردها في وجهه فهو رد ؛ لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف ولا غرور فيه ؛ لأنه يمكنه أن ينيب غيره . وإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل ، وإن شاء لم يقبل ؛ لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام ،فبقي مخيراً ، فلو أنه باع شيئاً من تركته فقد لزمته ؛ لأن ذلك دلالة الالتزام والقبول ، وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الموصي ، وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم ، بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ ؛ لأن الوصاية خلافة ؛ لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت ، فتنتقل الولاية إليه ،

بعض المشايخ ، فعن هذا عرفت أن ما قالَ بعضهم في «شرحه » هذا الذي قاله صاحب «الهداية» مخالف لعامة رواية الكتب كـ « التتمة» و«الذخيرة »، وغيرهما ليس بشيء ، لأن مراد ما ذكر في «التتمة» وغيرها من قوله الوكيل لا يملك إخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ، فإذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه متوافقة الروايات جميعها، ولم يختلف .

ونقل الأكمل ما قال صاحب «النهاية» ، ثم نقل كلام الأترازي بقوله : قال بعض الشارحين ، وسكت عليه لوصايته .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (**فإن ردها في وجهه فهو رد ؛ لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف ولا غرور فيه ؛ لأنه يمكنه أن ينيب غيره ، فإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبله وإن شاء لم يقبل ؛ لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام فبقي مخيراً**) ش: بين القبول والرد .

م: (**فلو أنه**) ش: أي الذي أوصى إليه م: (**باع شيئًا من تركته**) ش: أي من تركة الميت الذي أوصى إليه وهو لم يقبل ولم يرد م: (**فقد لزمته**) ش: أي حكم الإيصاء إليه م: (**لأن ذلك**) ش: أي فعل من المبيع م: (**دلالة الالتزام**) ش: أي التزام الوصاية م: (**والقبول**) ش: لأن القبول تارة يكون بالدلالة ، وتارة يكون بالإيضاح فهو باع شيئًا من تركته كان ذلك قبولاً منه بطريق الدلالة ، وكذا لو اشترى شيئًا للميت من بعض ما يحتاج إليه إذا قبض مالاً أو قضاه .

م: (**وهو معتبر بعد الموت**) ش: يعني القبول يجوز أن يكون دلالة ، فإنها تعمل عمل الصريح إذا لم يوجود صريح يخالفه ، لكنه يتغير ذلك بعد الموت ، أي بعد موت الموصي م: (**وينفذ البيع**) ش: أي البيع الذي باعه م: (**لصدوره من الموصي ، وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم**) ش: وهذه رواية «الزيادات» وبعض روايات «المأذون » ، فعلى هذه الرواية يحتاج إلى الفرق بين الوصاية والوكالة .

أشار إلى الفرق بقوله: م: (**بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ ؛ لأن الوصاية خلافة ، لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت ، فتنتقل الولاية إليه**) ش: يعني أن الموصى له

وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة ، أما التوكيل فهو إنابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب ، فلا يصح من غير علمه كإثبات الملك بـالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقـدم من الكتب . وإن لم يقبل حتى مات الموصي فقال : لا أقبل ثم قال : أقبل فله ذلك إن لم يكن القـاضي أخـرجـه من الوصـية حـين قال : لا أقـبل ؛ لأن بمجـرد قـوله لا أقـبل لا يبطل الإيصاء؛ لأن في إبطاله ضرراً بالميت ، وضرر الوصي في الإبقاء مجبور بالثواب

خليفـة للموصي والخلافة كالإرث ، فلا يتوقف على العلم كـالإرث ، فتثبت بلا علم ، وهو معنى قوله م: (**وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة**) ش: أي لا يتوقف استحقاق الوارث الإرث على علمه ، فيثبت بلا علمه .

م: (**أما التـوكيل فهـو إبانة لثبوته في حـال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غيـر علمه**) ش: بأنه وكيل م: (**كإثبات الملك بالبيع والشراء**) ش: قبل القبول ، فإن باع شيئًا وقال بعت هذا من فلان ولم يعلم ، وكذا لو وهب من فلان ولـم يعلم فلان يتوقف نفاذ العقود على القبول ، كذا هذا .

وعلى رواية كـتاب الوكـالة : لا يشـترط العلـم للوكـالة أيضًـا اعـتبـار الوصـاية ؛ لأن كلاً منهمـا إثباته الولاية . وعن أبي يوسف -رحمه الله-: أنه لا يجوز بيع الوصي أيضًا قبل العلم بالوصاية اعتباراً بالوكالة ؛ لأن كلاً منهما نيابة ، لكن الوكالة قبل الموت وتلك بعد الموت .

م: (**وقـد بينا طريق العلم**) ش: يعني في فـصل : «القـضـاء بالمواريث »، يعني أن العلم بالوكالة تثبت بخبر الواحد رجلاً كان أو امرأة صبيًا كان أو بالغًا . وكذلك العزل عندهما بخبر الواحد مطلقًا . وعند أبي حنيفة -رحمه الله-: يشترط العدد والعدالة ، حتى لا يثبت العزل عنده إلا بخبر اثنين أو بخبر الواحد العدل م: (**وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب**) ش: ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في كتاب «أدب القاضي» في فصل «القضاء بالمواريث » بقوله : وهذا علم من الناس بالوكالة إلى آخره .

م: (**وإن لم يقبل**) ش: أي الرجل الوصية م: (**حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال : أقبل فله ذلك إن لم يكن القـاضي أخـرجـه من الوصـية حـين قال : لا أقـبل ؛ لأن بمجـرد قـوله لا أقـبل لا يبطل الإيصاء؛ لأن في إبطاله ضرراً بالميت ، وضرر الوصي في الإبقاء مجبور بالثواب**) ش: هذا جواب عما يقال : كما يلزم الضرر بالميت في بطلان الإيصاء بقوله : «لا أقبل» يلزم الضرر أيضًا بالوصي في بقـاء الإيصـاء ولزومـه ؛ لأنه يعـجـز عن القـيام بذلك علم تحكيم ضـرر الوصي دون ضـرر الميت .

حيث قلتم لا يبطل الإيصاء بقوله: « لا أقبل» ، فأجاب بقوله : وضرر الوصي مجبور

ودفع الأول ، وهو أعلى أولى إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك ؛لأنه مجتهد فيه ، إذ للقاضي ولاية دفع الضرر ، وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية ، فيدفع القاضي الضرر عنه ، وينصب حافظاً لمال الميت متصرفاً فيه فيندفع الضرر من الجانبين ، فلهذا ينفذ إخراجه . فلو قال بعد إخراج القاضي إياه: أقبل ، لم يلتفت إليه ؛ لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضي . قال : ومن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضي من

بالثواب ، بيانه : لما لم يكن دفع الضررين جميعًا لا بد من أن يتحمل أدنى الضررين بدفع الضرر الأعلى ، والأعلى هنا ضرر الميت ، لأن ضرره ليس بمجبور بشيء ، وضرر الوصي مجبور بالثواب .

م: (**ودفع الأول**) ش: أي أولى الضررين ، وهو ضرر الميت م: (**وهو أعلى**) ش: أي والحال أن ضرر الميت م: (**أولى**) ش: من دفع ضرر الوصي م: (**إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك**) ش: هذا استثناء من قوله: « ثم قال : أقبل فله ذلك »، يعني يجوز قبوله إلا إذا أخرجه القاضي من الوصاية حين قال : «لا أقبل »، يصح ذلك ، أي إخراجه عن الوصاية م: (**لأنه**) ش: أي لأن قضاء القاضي م: (**مجتهد فيه**) ش: لأن عند زفر -رحمه الله- يرد بمجرد قوله : لا أقبل ؛ فيصح قضاء القاضي لوقوعه في المجتهد فيه ، فلما صح القضاء ، بطلت الوصية ، فقبوله بعد ذلك يكون بعد بطلان الوصية فلا يصح م: (**إذ القاضي ولاية دفع الضرر ، وربما يعجز**) ش: أي الوصي .

م: (**عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية ، فيدفع القاضي الضرر عنه ، وينصب حافظًا لمال الميت متصرفًا فيه ، فيندفع الضرر من الجانبين**) ش: أي من جانب الميت وجانب الوصي الذي أخرجه القاضي م: (**فلهذا**) ش: أي فلأجل وقوع قضاء القاضي في مجتهد فيه م: (**ينفذ إخراجه**) ش: أي إخراج القاضي إياه .

وكان المشايخ اختلفوا في تعليل صحة هذا الإخراج ، فمنهم من علل بما ذكره المصنف وهو الذي ذهب إليه شمس الأئمة السرخسي ، واختار المصنف ، ومنهم من قال إنما صح إخراجه ؛ لأن الوصاية لو صحت بقوله كان القاضي أن يخرجه ويصح الإخراج ، فها هنا أولى ، وإليه ذهب شمس الأئمة الحلواني .

م: (**فلو قال بعد إخراج القاضي إياه : «أقبل» لم يلتفت إليه ؛ لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضي**) ش: وبعد البطلان لا يبقى شيء .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضي من**

الوصاية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير إلى صحة الوصية ؛ لأن الإخراج يكون بعدها . وذكر محمد- رحمه الله- في الأصل : أن الوصية باطلة ، قيل : معناه في جميع هذه الصور أن الوصية ستبطل . وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده ، وفي غيره معناه ستبطل . وقيل : في الكافر باطل أيضاً لعدم ولايته على المسلم . ووجه الصحة ثم الإخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة ، وولاية الفاسق على أصلنا ، وولاية الكافر في الجملة ، إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها ،

الوصاية ونصب غيرهم) ش: إلى هنا كلام القدوري ، وقال المصنف -رحمه الله- : م: (**وهذا اللفظ**) ش: أي لفظ القدوري م: (**يشير إلى صحة الوصية ؛ لأن الإخراج يكون بعدها**) ش: لأن الوصية إذا كانت باطلة فمن أين يتحقق إخراجهم عن الوصية .

م: (**وذكر محمد - رحمه الله-في الأصل**) ش: أي «المبسوط» م: (**أن الوصية باطلة**) ش: واختلف المشايخ في أنه باطل أصلاً، ومعناه ستبطل ، إليه أشار المصنف بقوله : م: (**قيل : معناه**) ش: أي معنى قول محمد إن الوصية باطلة م: (**في جميع هذه الصور**) ش: وهي الوصية إلى العبد والفاسق ، والكافر م: (**أن الوصية ستبطل**) ش: وإليه ذهب القدوري وفخر الإسلام البزدوي وعامة المشايخ .

م: (**وقيل معناه : في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده**) ش: أي ولعدم استبداده في الأمور ، وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسي م: (**وفي غيره**) ش: أي وفي غير العبد م: (**معناه ستبطل**) ش: وغير العبد الكافر والفاسق .

م: (**وقيل : في الكافر باطل أيضًا لعدم ولايته على المسلم**) ش: لقوله تعالى : ﴿ **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً** ﴾ ،(النساء : الآية١٤١) ، م: (**ووجه الصحة ثم الإخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة ، وولاية الفاسق على أصلنا**) ش: حتى ينعقد النكاح بحضوره م: (**وولاية الكافر في الجملة**) ش: ألا ترى أن محمداً ذكر في كتاب القسمة أن الكافر لو قاسم شيئًا قبل أن يخرجه القاضي جاز ذلك ، فثبت أن الإيصاء إليه صحيح ، وذلك لأن الكافر يجوز أن يتصرف بالوكالة، فجاز أن يتصرف بالوصاية أيضًا. ولو اشترى الكافر عبدًا مسلمًا جاز شراؤه ،ولكنه يؤمر بالبيع ، وقال مالك والشافعي في وجه وأحمد في رواية كقولنا .

م: (**إلا أنه**) ش: أي غير أنه م: (**لم يتم النظر**) ش: في إسناد الوصاية ، إلى هؤلاء ، وبين كل واحد بقوله م: (**لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها**) ش: أي بعد الإجازة. وعند مالك وأحمد -رحمهما الله- : تجوز الوصية إلى العبد سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره ، وسيجيء مزيد الكلام فيه .

والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ، ويقيم غيره مقامه إتماماً للنظر . وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفاً عليه في المال ، وهذا يصلح عذراً في إخراجه وتبديله بغيره. قال : ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية ؛ لأن للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته ، وإن كانوا صغاراً كلهم فالوصية إليه جائزة عند أبي حنيفة- رحمه الله-، ولا تجوز عندهما وهو القياس . وقيل : قول محمد - رحمه الله- مضطرب فيه ، يروى مرة مع أبي حنيفة وتارة

م: (والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة) ش: فإذا لم يتم النظر في إسناده الوصية إلى هؤلاء م: (فيخرجه القاضي) ش: أي يخرج كل واحد من هؤلاء يعني العبد والكافر والفاسق م: (من الوصاية ويقيم غيره مقامه إتمامًا للنظر) ش: في حق الميت .

م: (وشرط في الأصل) ش: أي شرط محمد في «المبسوط» : م: (أن يكون الفاسق مخوفًا عليه في المال ، وهذا) ش: أي كون الفاسق بحيث يخاف عليه في المال لخيانته م: (يصلح عذراً في إخراجه) ش: أي في إخراج الفاسق عن الوصاية م: (وتبديله بغيره) ش: ممن يكون موصوفًا بالأمانة . وعند الشافعي ومالك وأحمد في رواية لا تصح الوصاية إلى الفاسق ، لأنه ليس من أهل الشهادة فلا يكون من أهل الولاية كالمجنون . وقال أحمد في رواية يصح ، ولكن يضم إليه أمين .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لأن للكبير أن يمنعه) ش: لأنه يلي عليه م: (أو يبيع) ش: أي يبيع الوارث الكبير م: (نصيبه) ش: من العبد م: (فيمنعه المشتري) ش: أي يمنع العبد الذي اشتراه م: (فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية ، فلا يفيد فائدته) ش: أي فلا تحصل فائدة الإيصاء . وقال البزدوي : حتى صار بعضه متوليًا عليه وهو ما لا يتجزأ بطل كله .

م: (وإن كانوا) ش: أي الورثة م: (صغاراً كلهم فالوصية إليه) ش: أي إلى العبد م: (جائزة عند أبي حنيفة - رحمه الله-ولا تجوز عندهما) ش: وبه قال الشافعي وأبو ثور ، وعند مالك وأحمد -رحمهما الله- : يجوز سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره . وقال إبراهيم النخعي والأوزاعي وابن شبرمة تصح إلى عبد نفسه ،ولا تصح إلى عبد غيره ، أي قولهما .

م: (وهو القياس . وقيل : قول محمد- رحمه الله- مضطرب فيه يروى مرة مع أبي حنيفة وتارة

مع أبي يوسف- رحمه الله- . وجه القياس : أن الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها . ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك ، وهذا قلب المشروع . ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ ، وفي اعتبار هذه تجزأتها لأنه لا يملك بيع رقبته ، وهذا نقض الموضوع . وله : أنه مخاطب مستبد بالتصرف ، فيكون أهلاً للوصاية ، وليس لأحد عليه ولاية ، فإن الصغار وإن كانوا أملاكًا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة ، وإيصاء المولى إليه يؤذن [أي:] يُشعر بكونه ناظراً لهم ، وصار كالمكاتب ، والوصية قد تتجزأ

مع أبي يوسف -رحمه الله- . وجه القياس: أن الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها) ش: أي ينافي الولاية م: (ولأن فيه) ش: أي في جواز الإيصاء إلى العبد م: (إثبات الولاية للمملوك على المالك ، وهذا قلب المشروع) ش: لأن المشروع ولاية المالك على المملوك .

م: (ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ ،وفي اعتبار هذه تجزئتها) ش: أي الوصية إلى عبد نفسه والورثة صغار تجزئه الولاية م: (لأنه لا يملك بيع رقبته) ش: التركات ، ولا يملك بيع نفسه، ولا يكون وصيا فيه م: (وهذا نقض الموضوع) ش: لأن موضوع الوصية أن يتولى الوصي التصرف في جميع ما بقي من الثلث ، وفي منعه من بيع رقبته تجزئة الوصية م: (وله أنه) ش: أي وللعبد ، وفي بعض النسخ ولعبده ، أي أن العبد م: (مخاطب) ش: احترز به عن الصبي والمجنون .

م: (مستبد بالتصرف) ش: احترز به عن عبد الغير ، لأنه لا يستبد بنفسه ، لأن لمولاه أن يحجره عن التصرف منه ، فإذا كان كذلك م: (فيكون أهلاً للوصاية، وليس لأحد عليه ولاية، فإن الصغر وإن كانوا أملاكًا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) ش: بين كونه مملوكًا لهم وبين إثبات الولاية في حقهم ، لأنهم وإن كانوا يملكون رقبته ولكنهم لا يملكون التصرف فيه حيث لا يملكون بيعه

فإن قيل : إن لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة ؟

أجيب بأنه كما ثبت الإيصاء لم يبق للقاضي ولاية المنع م: (وإيصاء المولى إليه) ش: أي إلى عبده م: (يؤذن [أي:] يُشعر بكونه ناظراً لهم) ش: أي لورثته لأن من ربَّى عبده وأحسن إليه فالظاهر أن يختاره لما أن شفقته على الصغار من أولاده بعد موته أكثر من شفقة الأجنبي ، فكذلك اختاره .

م: (وصار كالمكاتب) ش: أي صار الإيصاء إلى العبد القن كالإيصاء إلى المكاتب ، فذاك يجوز ، وكذا هذا ، ويجوز الإيصاء إلى مكاتب غيره أيضًا ، والخلاف في المكاتب والمدبر وأم الولد ، ورقيق البعض كالخلاف في القن عند الأئمة الثلاثة م: (والوصية قد تتجزأ) ش: هذا

على ما هو المروي عن أبي حنيفة- رحمه الله- أو نقول : يصار إليه كيلا يؤدي إلى إبطال أصله وتغيير الوصف لتصحيح الأصل أولى . قال : ومن أوصى إلى من يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة ، وهذا لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لصيانته ونقص كفايته ، فيتم النظر بإعانة غيره ، ولو شكا إليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة ؛ لأن الشاكي قد يكون كاذباً تخفيفاً على نفسه ، وإذا ظهر عند القاضي عجزه أصلاً استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادراً على التصرف أميناً فيه ليس للقاضي أن يخرجه لأنه لو اختار غيره كان دونه ، لما أنه كان مختار الميت ومرضيه ، فإبقاؤه أولى ، ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقته ، فأولى أن يقدم على غيره .

جواب عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزئتها ، وذلك أن الحسن بن زياد روى عن أبي حنيفة : أنه إذا أوصى إلى رجلين إلى أحدهما في العين ، وإلى الآخر في الدين أن كلاً منهما يكون وصيًا فيما أوصى إليه خاصة .

وأشار إلى هذا بقوله: م: (**على ما هو المروي عن أبي حنيفة- رحمه الله-** ، **أو نقول: يصار إليه**) ش: أي إلى التجزئ م: (**كيلا يؤدي إلى إبطال أصله**) ش: أي أصل هذا التصرف ، وهو تنصيب عبده وصيًا على الصغار م: (**وتغيير الوصف**) ش: جواب عما يقال هذا تعيير وصفه ، وهو التجزؤ، يعني جعله متجزئًا بعدما لم يكن ، فأجاب بقوله ويعتبر الوصف م: (**لتصحيح الأصل أولى**) ش: من إهداره بالكلية .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن أوصى إلى من يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره رعاية لحق الموصى والورثة ،وهذا**) ش: أي ضم القاضي إليه غيره م: (**لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه**) ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة م: (**لصيانته**) ش: أي لصيانة الوصي .

م: (**ونقص كفايته ، فيتم النظر بإعانة غيره ، ولو شكا إليه الوصي ذلك**) ش: أي ولو شكا إلى القاضي الوصي العجز م: (**لا يجيبه حتى يعرف ذلك**) ش: أي عجزه م: (**حقيقة ؛ لأن الشاكي قد يكون كاذبًا تخفيفًا على نفسه ، وإذا ظهر عند القاضي عجزه أصلاً استبدل به**) ش: أي ولى غيره م: (**رعاية للنظر من الجانبين**) ش: أي جانب الموصي والوصي يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج الموصي والعاجز المعزول بقضاء حقوق معه .

م: (**ولو كان قادراً على التصرف أمينًا فيه ليس للقاضي أن يخرجه**) ش: أي أن يخرج الوصي مع أنه كان عدلاً م: (**لأنه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميت ومرضيه ، فإبقاؤه أولى ، ولهذا**) ش: أي ولأجل أن وصي الميت مختار الميت م: (**قدم على أبي الميت وفور شفقته**) ش: أي شفقة الأب م: (**فأولى أن يقدم على غيره**) ش: ووصي القاضي الذي هو غير أب الميت .

وكذا إذا شكا الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي ، فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى تبدو له منه خيانة ؛ لأنه استفاد الولاية من الميت ، غير أنه إذا ظهرت الخيانة فالميت إنما نصبه وصياً لأمانته وقد فاتت ، ولو كان في الأحياء لأخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه ، كأنه لا وصي له . قال ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- دون صاحبه إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى . وقال أبو يوسف - رحمه الله-: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء ؛لأن الوصاية سبيلها الولاية ، وهي وصف شرعي لا تتجزأ، فثبت لكل منهما كملاً لولاية الإنكاح

م: (وكذا) ش: أي الحكم م: (إذا شكا الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى تبدو له منه) ش: أي يظهر منه ، أي من الوصي م: (خيانة ؛ لأنه استفاد الولاية من الميت ، غير أنه إذا ظهرت الخيانة فالميت إنما نصبه وصيًا لأمانته ، وقد فاتت ولو كان في الأحياء لأخرجه) ش: أي الميت . م: (منها) ش: أي الوصية م: (فعند عجزه ينوب القاضي منابه ،كأنه لا وصي له) .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -دون صاحبه) ش: قال أبو القاسم : الصفار: هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى لهما جميعًا معًا بعقد واحد ، فأما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة فإنه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف . قال الفقيه أبو الليث هذا أوضح ، وبه نأخذ، بمنزلة الوكيلين إذا وكل واحد منهما على الانفراد .وحكي عن أبي بكر الإسكاف أنه قال الخلاف فيهما جميعًا ، سواء أوصى لهما جميعًا أو متفرقًا . وجعل في «المبسوط» وهذا أصح، لأن وجوب الوصية ، إنما يكون عند الموت ، وحينئذ تثبت الوصية لهما معًا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع ،بخلاف الوكالة .

م: (إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله) ش: إنما وعد بتبيينها كلها لاختلاف أقوال العلماء فيها ، فذكر في «الأسرار » ستة ، وذكر في عامة الكتب سبعة و هي شراء الكفن للميت وتجهيزه ، وطعام الصغار وكسوتهم ، ورد وديعة بعينها ، وقضاء دين، وتنفيذ هبة بعينها ، وعتق عبد بعينه، والخصومة في حقوق الميت . وذكر في « الجامع الصغير » لقاضي خان ثمانية ، وهي السبعة المذكورة والثامن: قبول الهبة. وفي« الأسرار » : أسقط قبول الهبة وتنفيذ الوصية ، فصارت ستة .

م: (وقال أبو يوسف -رحمه الله- : يتفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء ؛ لأن الوصاية سبيلها الولاية ، وهي وصف شرعي لا تتجزأ ، فثبت لكل منهما كملاً لولاية الإنكاح

للأخوين ، وهذا لأن الوصاية خلافة ، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان ثابتاً للموصي وقد كان وصف الكمال ، ولأن اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة ، فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما . ولهما : أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع ، إذ هو شرط مقيد وما رضي الموصى إلا بالمثنى ، وليس الواحد كالمثنى بالتصرف ، بخلاف الأخوين في الإنكاح ؛ لأن السبب هنالك القرابة ، وقد قامت بكل منهما كملاً ، ولأن الإنكاح حق مستحق لها على الولي ، حتى لو طالبته بإنكاحها من كفء يخطبها يجب عليه ، وههنا حق التصرف للوصي ، ولهذا يبقى مخيراً في التصرف . ففي الأول أوفى حقًا على صاحبه فصح ، وفي الثاني استوفى حقًا لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي عليهما . ولهما بخلاف الأشياء المعدودة ؛ لأنها من باب الضرورة لا من باب الولاية ،

للأخوين) ش: فإن لكل واحد منهما أن ينفرد بإنكاح مولاته .

م: (**وهذا**) ش: توضيح لما ذكر م: (**لأن الوصاية خلافة ، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه**) ش: أي إلى الوصي م: (**على الوجه الذي كان ثابتًا للموصي وقد كان وصف الكمال ، ولأن اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة ، فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما**) .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- : م: (**أن الولاية تثبت بالتفويض ، فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع ، إذ هو شرط مقيد ، وما رضي الموصي إلا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بالتصرف ، بخلاف الأخوين في الإنكاح ، لأن السبب هنالك القرابة وقد قامت**) ش: أي القرابة م: (**بكل منهما**) ش: أي من الأخوين م: (**كملاً**) ش: أي على وجه الكمال والسبب [في] هذا الإيصاء وهو إليهما لا إلى واحد .

م: (**ولأن الإنكاح حق مستحق لها**) ش: أي للمرأة م: (**على الولي حتى لو طالبته**) ش: أي الولي م: (**بإنكاحها من كفء يخطبها يجب عليه**) ش: إنكاحها منه م: (**وههنا حق التصرف للوصي، ولهذا يبقى مخيراً في التصرف ففي الأول**) ش: أي في الإنكاح أي في أحد الأخوين م: (**أوفى حقًا على صاحبه ، فصح . وفي الثاني**) ش: أي في الوصاية م: (**استوفى**) ش: لأن ولاية التصرف لهما، فإذا تصرف وحده م: (**حقًا لصاحبه**) ش: أي استوفى أحد الوصيين على الآخر حقًا كائنًا له م: (**فلا يصح أصله الدين الذي عليهما**) ش: يعني إذا كان الدين لرجلين فاستوفى أحدهما نصيب الآخر .

م: (**ولهما بخلاف الأشياء المعدودة**) ش: أشار إلى قوله إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى م: (**لأنها**) ش: أي لأن هذه الأشياء معدودة م: (**من باب الضرورة لا من باب الولاية**

ومواضع الضرورة مستثناة أبداً ،وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها فقال إلا في شراء كفن الميت وتجهيزه لأن في التأخير فساد الميت ، ولهذا يملكه الجيران عند ذلك . وطعام الصغار وكسوتهم ؛ لأنه يخاف موتهم جوعاً وعرياً . ورد الوديعة بعينها ، ورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الأموال وقضاء الديون ؛ لأنها ليست من باب الولاية ، فإنه يملكه المالك وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده ، فكان من باب الإعانة . ولأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي وتنفيذ وصية بعينها .

ومواضع الضرورة مستثناة أبدًا وهي) ش: أي الأشياء المعدومة المعدومة م: (ما استثناه في الكتاب وأخواتها) ش: أي في القدوري ، وهو قوله ومن أوصى لم يجز لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه إلا في كفن الميت إلى آخره ، وقد ذكرناها عن قريب .

م: (فقال) ش: أي القدوري م: (إلا في شراء كفن الميت وتجهيزه) ش: هذا لفظ القدوري ، والمصنف شرع يعلل الأشياء السبعة ذكرها القدوري وعلل المصنف ، وهذا بقوله : م: (لأن في التأخير) ش: أي في تأخير تجهيز الميت م: (فساد الميت ، ولهذا) ش: أي ولأجل أن تأخير الميت عن تجهيزه فساده م: (يملكه الجيران) ش: تجهيزه أي تجهيز الميت م: (عند ذلك) ش: أي عند إشراف الميت للفساد بسبب التأخير .

م: (وطعام الصغار وكسوتهم) ش: لفظ القدوري ، وقال المصنف : م: (لأنه يخاف موتهم جوعًا وعريًا) ش: أي من حيث الجوع والعري م: (ورد الوديعة بعينها) ش: لفظ القدوري ، وقال المصنف م: (ورد المغصوب والمشترى شراء فاسداً وحفظ الأموال) ش: هذه الثلاثة لم يذكرها القدوري .

م: (وقضاء الديون) ش: من لفظ القدوري ، وقال المصنف م: (لأنها) ش: أي لأن هذه الأشياء الأربعة م: (ليست من باب الولاية) ش: يعني ليست من الولاية المستفادة من الموصي م: (فإنه يملكه المالك وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه) ش: يملك أخذه إذا كان من جنس حقه م: (وحفظ المال) ش: يرفع حفظ المال على التعليل لقوله : وحفظ الأموال وارتفاعه على الابتداء وخبره هو قوله : م: (يملكه من يقع في يده ، فكان من باب الإعانة ، ولأنه لا يحتاج فيه) ش: أي في حفظ المال م: (إلى الرأي) ش: هذا في قضاء الدين على الميت ، أما في اقتضاء الدين للميت فهو على الخلاف .

م: (وتنفيذ وصية بعينها) ش: بالجر عطفًا على آخر المعطوفات على قوله وطعام الصغار مجرور عطفًا على قوله إلا في شراء الكفن وتجهيزه ، وكل المعطوفات عليه بالجر .

وعتق عبد بعينه ؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي . والخصومة في حق الميت ؛ لأن الاجتماع فيها متعذر ، ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين . وقبول الهبة ، لأن في التأخير خيفة الفوات ، ولأنه تملكه الأم والذي في حجره ، فلم يكن من باب الولاية . وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف ؛ لأن فيه ضرورة لا تخفى . وجمع الأموال الضائعة ؛ لأن في التأخير خشية الفوات ، ولأنه يملكه كل من وقع في يده ، فلم يكن من باب الولاية .وفي «الجامع الصغير»: وليس لأحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى ، والمراد بالتقاضي الاقتضاء . كذا كان المراد منه في عرفهم ، وهذا لأنه رضي بأمانتهما جميعاً في القبض ، ولأنه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف . فكان من باب الولاية .

م: (**وعتق عبد بعينه**) ش: بالجر أيضًا ، وهو من لفظ القدوري . وقال المصنف : م: (**لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي**) ش: وكذا قوله : م: (**والخصومة في حق الميت**) ش: من لفظ القدوري ، وهو أيضًا بالجر . وقال المصنف : م: (**لأن الاجتماع فيها متعذر ، ولهذا**) ش: أي ولأجل تعذر الاجتماع ، أي بالخصومة م: (**ينفرد بها أحد الوكيلين**) ش: إذا كانا حاضرين حال الحياة ، وكذا بعد الوفاة .

م: (**وقبول الهبة**) ش: بالجر أيضًا عطفًا على المجرورات التي قبله م: (**لأن في التأخير خيفة الفوات ولأنه**) ش: أي ولأن قبول الهبة م: (**تملكه الأم والذي في حجره**) ش: أي ويملك أيضًا الذي في حجره الصغير م: (**فلم يكن من باب الولاية**) ش: حتى يحتاج إلى الآخر م: (**وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف**) ش: بالجر أيضًا عطفًا على المجرورات التي قبلها ، والتوى الهلاك ، ومعنى قوله والتلف بالرفع من تفسير التوى م: (**لأن فيه ضرورة لا تخفى**) .

م: (**وجمع الأموال الضائعة**) ش: بالجر أيضًا مثل ذلك م: (**لأن في التأخير خشية الفوات ، ولأنه يملكه كل من وقع في يده ، فلم يكن من باب الولاية**) ش: وهو ظاهر .

م: (**وفي «الجامع الصغير»: وليس لأحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى**) ش: هذا لفظ «الجامع» ، وقال المصنف : م: (**والمراد بالتقاضي الاقتضاء**) ش: أي القبض م: (**كذا كان المراد منه في عرفهم**) ش: أي في عرف أهل الكوفة .

وأما في عرف ديار المصنف المراد من ذلك المطالبة : م: (**وهذا لأنه رضى بأمانتهما**) ش: أي لأن الموصي رضي بأمانة الاثنين م: (**جميعًا في القبض**) ش: فلا ينفرد أحدهما م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن القبض م: (**في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف ، فكان من باب الولاية**) ش: فلا ينفرد أحدهما .

ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد قيل : ينفرد كل واحـد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحـد على الانفراد ، وهذا لأنه لما أفـرد فقد رضـي برأي الواحد .وقيـل : الخلاف في الفصلين واحـد وهو الأصح ؛ لأن وجوب الوصيـة عند الموت ، بخلاف الوكـيلين ؛ لأن الوكالة تتعاقب ، فإن مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصيًا آخر/ . أما عندهما : فلأن الباقي عاجز عن التفـرد بالتصرف ، فـيضم القـاضي إليه وصيـًا آخر نظراً للمت عند عجـزه ، وعند أبي يوسف- رحمـه الله - الحي منهما وإن كـان يقدر على التصـرف فالموصي قصد أن يخـلفه متصـرفان في حقـوقه ، وذلك ممكن التحـقق . بنصب وصي آخر مكان الميت ، ولو أن الميت منهـما أوصى إلى الحي فللحي أن يتـصـرف وحـده في ظاهر الرواية ، بمنزلة مـا إذا أوصى إلى شـخص آخـر ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي آخر ، لأن رأي الميت باق حكماً برأي من يخلفه .

م: (ولو أوصى لكل واحد على الانفراد قيل : ينفرد كل واحـد منهما بالتصرف) ش: وهو قول أبي القاسم الصفار م: (بمنزلة الوكيلين إذا وكل واحد على الانفراد ، وهذا لأنه لما أفرد قد رضي برأي الواحد . وقيل : الخلاف في الفصلين) ش: أي فصل الانفراد وفصل الاجتماع .

م: (واحد وهو الأصح) ش: وهو قول أبي بكر الإسكاف م: (لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين ، لأن الوكالة تتعاقب ، فإن مات أحدهما) ش: أي أحد الوصيين م: (جعل القاضي مكانه وصيًا آخر) .

م: (أما عندهما) ش: أي عند أبي حنيفة ومحمد -رحمها الله-: م: (فلأن الباقي عاجز عن التفرد بـالتصرف) ش: لأن عندهـما ليس لأحـد الوصـيين أن يتـصرف دون صـاحبـه ، فإن كـان كذلك م: (فيضم القـاضي إليه وصيًا آخر نظراً للمـيت عند عجزه) ش: أي عند عـجز الوصي الباقي وبه قالت الأئمة الثلاثة .

م: (وعند أبي يوسف- رحمه الـله - : الحي منهما) ش: أي من الوصـيين م: (وإن كان يقدر على التصرف) ش: وكلمة : « إن» واصلة بما قبلهـا م: (فالموصى) ش: الواو فيه للحال م: (قصد أن يخلفه متصرفان) ش: وفي بعض النسخ : وصيان م: (في حقوقـه ، وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت) ش: أي الوصي الميت .

م: (ولو أن الميت منهما) ش: أي من الوصيين م: (أوصى إلى الحي فللحي أن يتصـرف وحده في ظاهر الرواية ، بمنزلة مـا إذا أوصى إلى شخص آخر ولا يحـتاج القاضـي إلى نصب وصي آخر ؛ لأن رأي الميت باق حكمًا برأي من يخلفه) .

وعن أبي حنيفة- رحمه الله -: أنه لا ينفرد بالتصرف ؛ لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره ؛ لأنه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى . وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو وصية في تركته وتركة الميت الأول عندنا . وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يكون وصيًا في تركة الميت الأول اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياة . والجامع بينهما: أنه رضي برأيه لا برأي غيره . ولنا : أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد ، ألا يرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل إلى الوصي في المال وإلى الجد في النفس ، ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه ، فكذا الوصي . وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته ، وعند الموت كانت له ولاية في التركتين ، فينزل الثاني منزلته فيهما . ولأنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه ، وهو تلافي ما فرط منه

م: (وعن أبي حنيفة -رحمه الله-) ش: رواه الحسن عنه م: (أنه) ش: أي أن الحي الباقي م: (لا ينفرد بالتصرف ، لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده ، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره ؛ لأنه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى) ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة .

م: (وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الأول عندنا وقال الشافعي- رحمه الله - : لا يكون وصيًا في تركة الميت الأول) ش: في أحد الوجهين : لا يجوز أن يوصي لغيره م: (اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياة ، والجامع بينهما : أنه رضي برأيه لا برأي غيره) .

م: (ولنا : أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه) ش: من الميت بطريق الخلافة عنه م: (فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد) ش: فإن وصى الجد عند عدم الأب كوصي الأب م: (ألا يرى أن الولاية التى كانت ثابتة للموصى تنتقل إلى الوصي في المال وإلى الجد في النفس) ش: حتى كان يملك تزويج الصغار والصغيرات واستيفاء القصاص م: (ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه) ش: .

لأنه خلف عنه فيوصي إلى غيره م: (فكذا الوصي) ش: لأنه خلف عن الميت أيضًا م: (وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته ، وعند الموت) ش: أي موت الموصي م: (كانت له) ش: أي للوصي م: (ولاية في التركتين) ش: أي في مال نفسه الذي يتركه لوصية ، وسمى للوصى تركة باعتبار ما يؤول إليه م: (فينزل الثاني) ش: أي في الإيصاء م: (منزلته) ش: أي منزلة الأول م: (فيهما) ش: أي في التركتين .

م: (ولأنه) ش: أي ولأن الوصي م: (لما استعان به) ش: أي بالوصي م: (في ذلك) ش: أي فيما أوصى م: (مع علمه أنه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه) ش: أي قبل حصول مقصود الموصى منه م: (وهو) ش: أي مقصوده م: (تلافي ما فرط منه) ش: أي تدارك ما سبق

صار راضياً بإيصائه إلى غيره ، بخلاف الوكيل ؛ لأن الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والإيصاء إليه . قال : ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ، ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة ؛ لأن الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ، ويصير مغروراً بشراء المورث والوصي خليفة الميت أيضاً ، فيكون خصماً عن الوارث إذا كان غائباً ، فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له .

منه من التفريط في الأمور م: (**صار راضيًا**) ش: أي الموصي وهو جواب: لمَا م: (**بإيصائه**) ش: أي بإيصاء الوصي م: (**إلى غيره**) ش: دلالة إلى تتميم مقصوده .

م: (**بخلاف الوكيل**) ش: فإنه ليس كذلك م: (**لأنه الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه، فلا يرضى بتوكيل غيره والإيصاء إليه**) ش: وهذا ظاهر .

م: (**قال**) ش: أي محمد في « الجامع الصغير» : م: (**ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ، ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة**) ش: المقاسمة فعل القسمة بين اثنين ، وهو أن يقتسم كل واحد منهما مع الآخر شيئًا ، وصورة المسألة : رجل أوصى إلى رجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فأراد الوصي المقاسمة وهي على وجهين .

الأول : هو أن يقاسم الموصى له نائبًا عن الورثة وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فهذه جائزة .

الوجه الثاني : أن يقاسم الورثة عن الموصى له وهي باطلة . وبيان الفرق بينهما ما ذكره المصنف بقوله : م: (**لأن الوارث خليفة الميت**) ش: يعني من يخلفه بعده م: (**حتى يرد بالعيب**) ش: يعني فيما اشتراه المورث م: (**ويرد عليه به**) ش: أي فيما باعه الوارث م: (**ويصير مغروراً بشراء المورث**) ش: كمن اشترى جارية ثم مات فاستولدها الوارث ثم استحقت الجارية فإنه يرجع على البائع الميت ، ولو لم يكن الخليفة كما لو باعها المورث والمسألة بحالها لا يرجع على بائع بائعه ، لأنه ليس بخليفة عن بائعه حتى كان غرورة كغروره .

م: (**والوصي خليفة الميت أيضًا ، فيكون خصمًا عن الوارث إذا كان غائبًا**) ش: وإذا كان كبيراً ، لأنه إذا كان صغيراً لا حاجة إلى فعله ، فإذا كان كذلك م: (**فصحت قسمته عليه**) ش: أي على الوارث الغائب .

م: (**حتى لو حضر**) ش: أي الغائب م: (**وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له**) ش: لأن ولايته قاصرة على الصغار وعلى حفظ مال الكبار ، والموصى له خصم ، والقسمة

أمـا الموصى له فليس بخليفـة عن الميت من كل وجه ؛ لأنـه ملكه بسبـب جديد ، ولهـذا لا يرد بالعيب ، ولا يرد عليه ولا يصير مغروراً بشراء الموصي فـلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته ، حتى لو هلك مـا أفرز له عند الوصي كـان له ثلث ما بقي ؛ لأن القـسمة لم تنفـذ عليه ، غـير أن الوصي لا يضمن ؛ لأنه أمين فـيه وله ولاية الحفظ في التركـة ، فصار كما إذا هلك بـعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي ؛ لأن الموصى له شريك الوارث فيتوي ما توى من المال المشترك على الشركة ، ويبقى ما بقي على الشركة . قال : فإن قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث مابقي لما بينا .

تصح بين الخصمين فنفذت القسمة .

وأشار إلى بيان الوجه الثاني بقوله : م: (**أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه**) ش: لأن الوصيـة تمليك ، بسبب وهو معنى قـوله م: (**لأنه ملكه بـسـبب جـديد**) ش: أي لأن الموصى له ملك ما أوصى له بسبب وهو ما بقي له من ثلث مال الميت .

م: (**ولهـذا**) ش: أي ولكونه غيـر خليـفة عن الميت م: (**لا يرد بالعـيب**) ش: فيما اشتراه المورث م: (**ولا يرد عليـه**) ش: فيما باعه الميت م: (**ولا يصـير مـغروراً**) ش: يعني يكون الولد رقيقًا م: (**بشراء الموصي**) ش: فيما إذا اشترى جارية إلى آخر ما ذكرناه ، فإذا كان الأمر كذلك م: (**فلا يكون الوصي خليفة عنه**) ش: أي عن الغائب م: (**عند غيبتـه ، حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كـان له ثلث ما بقي ؛ لأن القـسمـة لم تنفذ عليه**) ش: أي لـم يـصح م: (**غـيـر أن الوصي لا يضمن**) ش: هذا جواب عـما يقال إذا كانت القسمة غير صحيحة كأن صرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك العقد الذي هو غير مشروع فيجب الضمان كما بعد على المال واستهلكه .

وتقرير الجواب هو أن الوصي لا يضمن م: (**لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة ، فـيكون له ثلث الباقي ؛ لأن الموصي له شريك الوارث فيتوى**) ش: أي يهلك م: (**مـا نوي**) ش: أي مـا هلك م: (**من المال المشـترك على الشـركـة ويبقى مـا بقي على الشركة**) ش: وقال السغناقي في قوله فصار كما إذا هلك بعض التركة إلى آخره إشارة إلى أنه لا ضـمان عليه إذا كـان مـا أحـرزه للورثة في يده ، لأن الحفظ إنما يتصـور في ذلك ، أمـا لو سلمـه إليهم فالموصى له بالخيار إن شاء ضمن القابض بالقبض ، وإن شاء ضمن الدافع بالدفع .

م: (**قال : فـإن قاسم الورثة**) ش: أي فـإن قـاسـم الـوصـي الـورثة م: (**وأخذ نصـيب الموصى له فضـاع رجع الموصى له**) ش: أي علـى الـورثةم: (**بثلث مـا بقي**) ش: وقـال الأكـمـل : هذا كـان معلومًا من سياق كـلامه ، ولكنه ذكره لكونه لفظ «الجامع الصغير» م: (**لما بينا**) ش: إشارة إلى قوله لأن القسمة لم تنفذ عليه .

قال : وإذا كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع في يده . وقال أبو يوسف- رحمه الله - : إن كان مستغرقاً للثلث لم يرجع بشيء وإلا يرجع بتمام الثلث . وقال محمد- رحمه الله - : لا يرجع بشيء ، لأن القسمة حق الموصي . ولو أفرز الموصي بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء لمت الوصية ، فكذا إذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه . ولأبي يوسف -رحمه الله- : أن محل الوصية الثلث ، فيجب تنفيذها ما بقي محلها ، وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها . ولأبي حنيفة - رحمه الله - :أن القسمة لا تراد لذاتها ، بل لمقصودها ، وهو تأدية الحج ، فلم تعتبر دونه، وصار كما إذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير» : م: (وإذا كان الميت أوصى بحجة فقاسم) ش: أي الوصي م: (الورثة فهلك ما في يده) ش: أي في يد الوصي ، قال الكاكي : الوصي والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما .

قلت : لا حاجة إلى ما قاله الكاكي أن يرجع الضمير لا يختص أن يكون إلى الظاهر خاصة، بل يكون في المستتر أيضًا على ما لا يخفى م: (حج عن الميت من ثلث ما بقي ، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع في يده) ش: يحج عنه من ثلث ما بقى وهذا كله قول أبي حنيفة .

قال الأكمل : صورته : رجل مات وترك أربعة آلاف درهم وصى أن يحج عنه وكان مقدار الحج ألف درهم فأخذ الوصي الألف ودفع إلى الذي يحج عنه فسرقت في الطريق حج عن الميت من ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم ، فإن سرقت ثانيًا يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى ، هكذا .

م: (وقال أبو يوسف -رحمه الله-إن كان) ش: أي الهالك م: (مستغرقًا للثلث لم يرجع بشيء وإلا) ش: فإن لم يكن الهالك مستغرقًا للثلث م: (يرجع بتمام الثلث) ش: وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، فإن سرقت ثانيًا يؤخذ مرة أخرى .

م: (وقال محمد -رحمه الله-لا يرجع بشيء ؛ لأن القسمة حق الموصي ، ولو أفرز الموصي بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية، فكذا إذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه .ولأبي يوسف -رحمه الله-: أن محل الوصية الثلث ، فيجب تنفيذها ما بقي محلها ، وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها) ش: أي محل الوصية .

م: (ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن القسمة لا تراد لذاتها ، بل لمقصودها ،وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه) ش: أي دون المقصود وهي أداء الحج م: (وصار كما إذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما

بقي ؛ لأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة ، إذ لا قابض لها ، فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها . قال : ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة ؛ لأن الوصية صحيحة ، ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثاً لورثته والقاضي نُصب ناظراً لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر إفراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح ، حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل . قال : وإذا باع الوصي عبداً من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز ؛ لأن الوصي قائم مقام الموصي . ولو تولى حيًا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء . وإن كان في مرض موته فكذا إذا تولاه مَن قام مقامه، وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة ، والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن ، بخلاف العبد

بقي ، ولأن تمامها) ش: أي تمام الوصية م: (بالتسليم إلى الجهة المسماة ، إذ لا قابض لها ، فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم ، فصار كهلاكه قبلها) ش: أي قبل القسمة .

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير» : م: (ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضي فقسمها ، والموصى له غائب فقسمته جائزة) ش: أي قسمة القاضي جائزة ، حتى لو هلك ما في يد القاضي ثم حضر الغائب لا يرجع على الورثة بشيء م: (لأن الوصية صحيحة، ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثًا لورثته والقاضي نصب ناظرًا لا سيمًا في حق الموتى والغيب ، ومن النظر إفراز نصيب الغائب وقبضه ، فنفذ ذلك) ش: أي الإفراز م: (وصح ، حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل) ش: .

وقال الإمام المحبوبي : هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكال أو يوزن ، لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز ، فكذا قسمته ، وأجيب بأن وضع المسألة في الدراهم وهي ما يوزن .

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير» : م: (وإذا باع الوصي عبدًا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) ش: صورته في «جامع محمد» عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يموت ويترك عبدًا وعليه دين محيط بماله ، فيبيع الوصي العبد بغير محضر من الغرماء . قال بيعه جائز ، وأراد بذلك الدين على الميت لا على العبد م: (لأن الوصي قائم مقام الموصي ، ولو تولى) ش: أي الموصي حال كونه م: (حيًا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء) ش: فهو جائز .

م: (وإن كان في مرض موته فكذا إذا تولاه من قام مقامه وهذا) ش: توضيح لما قبله م: (لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف ، وهو الثمن ، بخلاف العبد

المديون ؛ لأن للغرماء حق الاستسعاء ، وأما ههنا فبخلافه . قال : ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي ؛ لأنه هو العاقد ، فتكون العهدة عليه ، وهذه عهدة ؛ لأن المشتري منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم ، فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ، قال : ويرجع فيما ترك الميت لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل . وكان أبو حنيفة- رحمه الله - يقول أولاً: لا يرجع ؛ لأنه ضمن بقبضه ، ثم رجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة، وعن محمد - رحمه الله - : أنه يرجع في الثلث ؛ لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث . وجه الظاهر : أنه يرجع عليه بحكم الغرور ، وذلك دين عليه

المديون) ش: يملك بيع ما في يده بغير رضاء الغرماء ، كذا ذكره الرازي في «شرح مختصر الطحاوي » ، بخلاف العبد المديون المأذون حيث لا يبيعه مولاه ووصيته م: (**لأن للغرماء حق الاستسعاء**) ش: حتى يأخذوا كسبه ، فيكون البيع مبطلاً لحقهم ، فلهم أن يبطلوا البيع .

م: (**أما ههنا**) ش: أي في بيع المولى بغير محضر من الغرماء م: (**فبخلافه**) ش: أي بخلاف ما ذكر فيما قبله ، لأن فيه يجوز وهنا لا يجوز، سواء كان بيع الوصي بمحضرهم أو بغير محضرهم .

م: (**قال**) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (**ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي**) ش: الثمن م: (**لأنه هو العاقد ، فتكون العهدة عليه**) ش: أي على الوصي م: (**وهذه عهدة**) ش: إنما قال هذه لأجل تأنيث الخبر وهو العهدة وتأنيث المبتدأ لتأنيث الخبر جائز م: (**لأن المشتري منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ، قال : يرجع فيما ترك الميت ، لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل ، وكان أبو حنيفة- رحمه الله - : يقول أولاً :لا يرجع لأنه ضمن بقبضه**) ش: أي بقبض الثمن وقبض الثمن من حقوق العقد ، فصار الوصي في حق القبض كالمالك . وإذا كان بمنزلة المالك وقد لحقه الضمان يعمل عمل نفسه فلا يرجع بشيء م: (**ثم رجع**) ش: أي أبو حنيفة - رحمه الله - م: (**إلى ما ذكرناه ، ويرجع في جميع التركة**).

م: (**وعن محمد - رحمه الله - : أنه يرجع في الثلث ؛ لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها**) ش: أي حكم الوصية م: (**ومحل الوصية الثلث**) ش: يعني نفاذها من الثلث .

م: (**وجه الظاهر**) ش: أي ظاهر الرواية : م: (**أنه يرجع عليه**) ش: أي أن الوصي يرجع على الميت م: (**بحكم الغرور ، وذلك دين عليه**) ش: أي على الميت ، لأنه غره حيث أمره ببيع عبده

والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه ؛ لأن في إلزامها القاضي تعطيل القضاء إذ يتحامى عن تقلد هذه الأمانة حذراً عن لزوم الغرامة ، فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ، ولا كذلك الوصي ؛ لأنه بمنزلة الوكيل ، وقد مر في كتاب القضاء ، فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء ، كما إذا كان على الميت دين آخر . قال : وإن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لأنه عامل له ، ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه . قال وإذا احتال الوصي بمال اليتيم ، فإن كان خيراً لليتيم جاز ،

والتصدق بثمنه ، فكأنه قال : هذا العبد ملكي ، فكان مغروراً من جهته .

وفي « الذخيرة » : محيلاً إلى «المنتقى » : أن الوصي يرجع على المساكين لا على الميت ، والقياس هذا ؛ لأن غنم تصرف الموصي يعود إلى المساكين ، فغرمه يجب أن يكون عليهم م: (**والدين يقضى من جميع التركة ، بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه ؛ لأن في إلزامها القاضي**) ش: أي لأن في إلزام العهدة القاضي م: (**تعطيل القضاء إذ يتحامى**) ش: أي لأنه يمتنع م: (**عن تقلد هذه الأمانة حذراً عن لزوم الغرامة ، فتتعطل مصلحة العامة وأمينه**) ش: أي أمين القاضي م: (**سفير عنه**) ش: أي عن القاضي بامتناع القضاة عن قبول القضاء لأجل التزام العهدة في الأمور م: (**كالرسول**) ش: فلا يلزمه شيء .

م: (**ولا كذلك الوصي ؛ لأنه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء**) ش: في آخر فصل القضاء بالمواريث م: (**فإن كانت التركة قد هلكت ، أو لم تكن بها وفاء**) ش: بأن لم يفضل عن التكفين والتجهيز م: (**لم يرجع**) ش: أي الوصي لم يرجع م: (**بشيء كما إذا كان على الميت دين آخر**) ش: أي غير هذا الدين نحو الديون التي تكون على الموات المفاليس .

م: (**قال**) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (**وإن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك**) ش: الثمن في يده م: (**واستحق العبد رجع في مال الصغير**) ش: يعني رجع المشتري بالثمن على الوصي ، لأن العهدة على البائع ثم يرجع الوصي بذلك في مال الصغير م: (**لأنه عامل له**) ش: أي لأن الوصي عامل لأجل الصغير م: (**ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه**) ش: أي ما أصاب الصغير .

م: (**قال**) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (**وإذا احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان خيراً لليتيم جاز**) ش: بأن كان المحال عليه أملأ وقدرته على أداء الدين من المحيل ، وهو المديون ،

وهو أن يكون أملأ ، إذ الولاية نظرية ، وإن كان الأول أملأ لا يجوز ، لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال : ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله ؛ لأنه لا نظر في الغبن الفاحش . بخلاف اليسير ؛ لأنه لا يمكن التحرز منه ، ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية ، والإذن فك الحجر بخلاف الوصي ؛ لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً فيتقيد بموضع النظر . وعندهما لا يملكونه ؛ لأن التصرف

وهو قوله : م: (**وهو أن يكون**) ش: أي المحتال عليهم م: (**أملأ إذ الولاية نظرية وإن كان الأول أملأ لا يجوز**) ش: أي المديون أملأ لا يجوز م: (**لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه**) ش: يعني إذا مات المحيل عليه مفلسًا ولم يذكر إذا كانا سواء .

وفي « الذخيرة » : اختلف الناس فيه ، أشار في الكتاب إلى أنه لا يجوز ، وذكر المحبوبي إذا كان الثاني مثل الأول لا يجوز . وقال الإمام الأسبيجابي في « شرح الطحاوي » على أن الوصي له أن يأخذ الكفيل بدين الميت ، لأن الكفالة لا توجب براءة الأصل ، وكذلك لو أخذ رهنًا بذلك يجوز ، ولو احتال بماله أو أخذ كفيلاً شرط براءة الأصل ، فإنه ينظر حتى أن الصبي لو أدرك قبل أخذ الدين ، فليس له أن يفسخ الحوالة ، وإذا لم يكن أملأ من المحيل فإنه لا يجوز ، هذا إذا ثبت الدين بمداينة الميت ، وأما إذا ثبت بمداينة الوصي فإنه يجوز سواء كان خيرًا لليتيم أو شرًا له ، إلا أنه إذا كان خيرًا له فإنه يجوز بالاتفاق حتى أنه إذا أدرك وأراد أن ينقض ذلك فليس له ذلك ، وإن كان شرًا له جاز ذلك ويضمن الوصي اليتيم عندهما ، وعند أبي يوسف - رحمه الله - : لا يجوز .

م: (**قال**) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (**ولا يجوز بيع الوصي ، ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله ؛ لأنه لا نظر في الغبن الفاحش ، بخلاف اليسير ؛ لأنه لا يمكن التحرز منه ، ففي اعتباره**) ش: أي في اعتبار الغبن اليسير م: (**انسداد بابه**) ش: أي باب تصرف الوصي م: (**والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة - رحمه الله - لأنهم يتصرفون بحكم المالكية**) ش: أي يتصرفون بحكم المالكية ، أي يتصرفون بأهليتهم لا بإذن المولى ، ولا يقال : العبد محجور عليه ، لأن المصنف قال : م: (**والإذن فك الحجر بخلاف الوصي ؛ لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرًا ، فيتقيد بموضع النظر**) ش: والأب والقاضي مثل الوصي ، لأنهم يتصرفون للغير ، فتجوز فيه عن الضرر .

م: (**وعندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م: (**لا يملكونه**) ش: أي لا يملكون البيع بالغبن الفاحش ولا الشراء به ، وبه قالت الأئمة الثلاثة م: (**لأن التصرف**

بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه ، وهم ليسوا من أهله . وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة لأن ذلك أحوط . ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل ، فيصير ذلك حملاً له على الكذب . ثم قيل : يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا . وقيل : لا بأس بذلك ؛ لأن الوصاية تعلم ظاهراً . قال : وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار ؛ لأن الأب يلي ما سواه ولا يليه ، فكذا وصيته فيه ، وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً ؛ لأنه لا يملكه الأب على الكبير ، إلا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه ، وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ . أما العقار فمحصن بنفسه ،

بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه ، وهم ليسوا من أهله) ش: أي من أهل التبرع .

قال : أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة؛ لأن ذلك أحوط) ش: وبين وجه الأحوط م: (ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره) ش: أي في آخر الكتاب م: (من غير تفصيل) ش: بين الوصاية والشراء م: (فيصير ذلك حملاً له على الكذب) ش: فينسب إلى شهادة الزور .

م: (ثم قيل : يكتب) ش: أي القاضي والمشتري ، كذا قاله الأترازي . وقال الكاكي : أي لا بأس بذلك ، أي يجمع الوصية والشراء في كتاب واحد ، وهذا وجهه م: (اشترى من فلان بن فلان ، ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا) ش: أشار إلى قوله لأن ذلك أحوط . م: (وقيل : لا بأس بذلك) ش: أي لا بأس أن يكتب من فلان وصي فلان م: (لأن الوصاية تعلم ظاهراً) .

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار ؛ لأن الأب يلي ما سواه) ش: أي ما سوى العقار م: (ولا يليه) ش: أي العقار م: (فكذا وصيته فيه) ش: أي في العقار م: (وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضًا؛ لأنه لا يملكه الأب على الكبير الغائب ، إلا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع) ش: أي أن بيع ما سوى العقار يتسارع م: (الفساد إليه وحفظ الثمن أيسر وهو) ش: أي الوصي م: (يملك الحفظ ، أما العقار فمحصن بنفسه) ش: فلا يحتاج إلى بيعها للتحصين ، هذا الذي ذكره إذا لم يكن على التركة دين فإن كان هو مستغرق فله أن يبيع الجميع ، لأنه لا يمكنه قضاء الدين إلا بالبيع وإن كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول عليه من القول بالاتفاق ، ومن العقار أيضًا عند أبي حنيفة- رحمه الله - ، خلافًا لهما .

قال : ولا يتجر في المال لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة . وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله-: وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب ، وكذا وصي الأم ووصي العم ، وهذا الجواب في تركة هؤلاء ؛ لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ ، فكذا وصيهم . قال : والوصي أحق بمال الصغير من الجد . وقال الشافعي -رحمه الله-: الجد أحق ؛ لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه . ولنا : أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه ، فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه ، وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه . فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب ، لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه ، حتى يملك

م: (قال : ولا يتجر) ش: أي الوصي م: (في المال ، لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة . وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -) ش: وفي بعض النسخ وقال م: (وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب) ش: يعني في بيع المنقول دون العقار ، ولا خلاف في هذه المسألة فإنما خص ذكرهما في « الجامع » لأنه روى عنهما ولم يرو عن أبي حنيفة ، كذا قال الفقيه أبو الليث .

م: (وكذا وصي الأم ووصي العم) ش: ليس لهما حق التصرف في العقار ، ولهما حق التصرف في الفروض التي ورث من الأم خاصة أو من العم أو من الأخ ، وليس لأحد من هؤلاء أن يتصرف فيما ورث من غير الذي أوصى إليه ، وأما وصي الأب فله حق التصرف في الفرض والعقار سواء ورث من أبيه أو من غيره إذا كانت الورثة صغاراً ، وأما إذا كانوا كباراً وهم غيب فليس له التصرف إلا في فروض صاحبه م: (وهذا الجواب في تركة هؤلاء) ش: يعني الأخ والأم والعم ، وإنما قيد بتركة هؤلاء لأن وصي هؤلاء في تركة الأب ، كوصي الكبير الغائب م: (لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ ، فكذا وصيهم) .

م: (قال) ش: محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م: (والوصي أحق بمال الصغير من الجد ، وقال الشافعي - رحمه الله - : الجد أحق) ش: وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله- م: (لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه . ولنا : أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه) ش: أي إلى الوصي م: (فكانت ولايته) ش: أي ولاية الموصي م: (قائمة معنى ، فيقدم عليه كالأب نفسه ، وهذا) ش: توضيح لما قبله م: (لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه) ش: أي تصرف الوصي م: (أنظر لبنيه من تصرف أبيه) ش: أي أب الموصي وهو الجد م: (فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب ؛ لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى يملك

الإنكاح دون الوصي ، غير أنه يقدم عليه وصي الأب في التصرف لما بيناه .

الإنكاح) ش: أي إنكاح أولاد ابنه م: **(دون الوصي)** ش: فإنه لا يملك م: **(غير أنه يقـدم عليه وصي الأب في التصـرف لما بيناه)** ش: إشارة إلى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه ، والله أعلم .

* * *

فصل في شهادة الوصي

قال : وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة ؛ لأنهما متهمان فيها لإثباتهما معيناً لأنفسهما . قال : إلا أن يدعيها المشهود له ، وهذا استحسان ، وهو في القياس كالأول لما بينا من التهمة ، وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما ، فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه ، أما الوصاية فتثبت بنصب القاضي .

م: (**فصل في شهادة الوصي**)

ش: أي هذا فصل في بيان أحكام شهادة الوصي ، وإنما أخر هذه لكونها عارضة فيها غير أصلية ، والأصل عدم العارض .

م: (**قال : وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما**) ش: أي مع الوصيين م: (**فالشهادة باطلة لأنهما متهمان فيها**) ش: أي في هذه الشهادة م: (**لإثباتهما معينًا لأنفسهما**) ش: قال عليه السلام : « **لا شهادة لمتهم** » وهذا لا نعلم فيه خلافًا .

م: (**قال**) ش: أي محمد في « الجامع » : م: (**إلا أن يدعيها المشهود له**) ش: ولفظه في «الجامع» محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في الوصيين يشهدان : أن الميت أوصى إلى هذا معهما قال : إن ادعى ذلك فشهادتهما باطلة ، وكذلك الوارثان يشهدان بذلك ، قالوا في شرح « الجامع الصغير » : م: (**وهذا استحسان**) ش: وأخذ المصنف هذا وقال هذا ، وأشار به إلى قوله : إلا أن يدعيهما المشهود استحسان م: (**وهو في القياس كالأول**) ش: أي كالوجه الأول ، وهو البطلان . وذكر وجه القياس بقوله : م: (**لما بينا من التهمة**) ش: لأنها شهادتان للشاهد أو لأبيه .

م: (**وجه الاستحسان : أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما**) ش: أي إلى الوصيين م: (**برضاه**) ش: أي برضى الآخر م: (**بدون شهادتهما**) ش: لأن الولاية للقاضي لا تكون بهذه الشهادة ، فإذا كان كذلك م: (**فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه**) ش: أي عن القاضي . مثاله أن القرعة ليست بحجة ، ويجوز استعمالها في تعيين الإيصاء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دامغة لا حجة ، فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين .

م: (**أما الوصاية فتثبت بنصب القاضي**) ش: فلا يحتاج إلى الشهادة ، لأن الشاهدين لو سألا القاضي بأن يجعل هذا الرجل وصيًا وهو راغب فيه أجابهما إلى ذلك بخلاف الوكالة ، فإنهما لو سألاه أن يوكل هذا الرجل عن أبيهما لا يفعل ، لأنه ليس له ولاية في مال أبيهما .

قال : وكذلك الابنان ، معناه : إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر ؛ لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعاً بنصب حافظ للتركة . ولو شهدا، يعني الوصيين ، لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة ؛ لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به . قال : وإن شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجزْ . وإن كان في غير مال الميت جاز ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله-. وقالا: إن شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين ، لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا كانت الورثة كباراً فعريت عن التهمة ، وله : أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وتحققت التهمة . بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه ؛ لأن الميت أقامهٌ مقام نفسه في تركته لا في غيرها . قال : وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما ، فإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد-رحمهما الله- . وقال أبو يوسف -رحمه الله- :

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع » : م: (وكذلك الابنان) ش: هذا لفظ محمد - رحمه الله- ، وهو معطوف على المستثنى منه ، وهو قوله : فالشهادة باطلة ، وقال المصنف : م: (معناه) ش: أي معنى قول محمد - رحمه الله - وكذلك الابنان م: (إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر ؛ لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعًا بنصب حافظ للتركة) ش: وفيه تهمة فلا تقبل .

م: (ولو شهدا ، يعني الوصيين ، لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره) ش: أي أو غير مال الميت م: (فشهادتهما باطلة ، لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به ، قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (وإن شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وإن كان في غير مال الميت جاز ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -) .

م: (وقالا : إن شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين) ش: لوارث كبير في مال الميت وفي غيره مال الميت م: (لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا كانت الورثة كباراً فعريت) ش: أي الشهادة م: (عن التهمة وله) ش: ولأبي حنيفة -رحمه الله- : م: (أنه يثبت لهما) ش: الضمير في « أنه » للشأن ، وهي لهما - الوصيان - م: (ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وتحققت التهمة . بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه ؛ لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها) .

م: (قال) ش: أى محمد في « الجامع » : م: (وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم ، وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما ،وإن كانت شهادة كل فريق للآخرين بوصية ألف درهم لم يجز ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - . وقال أبو يوسف - رحمه الله -:

لا تقبل في الدين أيضاً ، وأبو حنيفة -رحمه الله- فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف -رحمه الله-. وعن أبي يوسف رحمه الله مثل قول محمد -رحمه الله- وجه القبول : أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ، ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة . وجه الرد : أن الدين بالموت يتعلق بالتركة ، إذ الذمة خربت بالموت ، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة ، يشاركه الآخر فيه ، فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة ، فتحققت التهمة . بخلاف حال حياة المديون ؛ لأنه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة . قال : ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته ،

لا تقبل) ش: الشهادة عند أبي حنيفة - رحمه الله - م: (في الدين أيضًا ، وأبو حنيفة - رحمه الله - فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف - رحمه الله -) ش: كما قال أبو يوسف - رحمه الله - ، ولفظ الخصاف في كتاب « أدب القاضي » لو أن رجلاً مات بدين ألف درهم وترك لورثته مالاًفشهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ، فإن أبا حنيفة وابن أبي ليلى وأبا يوسف - رحمهم الله - قالوا : الشهادة باطلة من قبل أنهم يشتركون فيما قبض كل واحد منهم وروى محمد بن الحسن في « الجامع الصغير » عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أن الشهادة جائزة ، وروى الحسن بن أبي زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنهم إن جاءوا جميعًا فالشهادة باطلة .

م: (وعن أبي يوسف - رحمه الله - مثل قول محمد -رحمه الله -) ش: أي تجوز شهادة كل فريق في حق الدين ولا تجوز في الوصية . قال الكاكي : وإنما خص قول محمد هنا مع أنه قيل: هذا قول أبي حنيفة ومحمد ؛ لتقرر قول محمد في ذلك واضطراب قول أبي حنيفة -رحمه الله- فصار عن أبي حنيفة روايتان ، وعن أبي يوسف كذلك ، وعن محمد رواية واحدة .

م: (وجه القبول : أن الدين يجب في الذمة وهي) ش: أي الذمة م: (قابلة لحقوق شتى) ش: أي كثيرة متفرقة م: (فلا شركة) ش: أي في ذلك فلا تهمة .

م: (ولهذا) ش: أي ولأجل عدم الشركة م: (لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة ، وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة ، إذ الذمة خربت بالموت ، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه) ش: أي في الذي استوفاه م: (فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة) ش: فلا تقبل الشهادة .

م: (بخلاف حال حياة المديون ؛ لأنه) ش: أي لأن الدين م: (في الذمة لبقائها لا في المال) ش: أي لبقاء الذمة ، ولهذا يأخذه الآخر لا يكون للآخر فيه أن يشاركه فيه ، فإذا كان كذلك م: (فلا تتحقق الشركة) .

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع » : م: (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته ؛

وشهد الشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق ؛ لأنه لا شركة فلا تهمـة قال : ولو شهدا أنه أوصى لهـذين الرجلين بثلث ماله وشـهد المشهود لهـما : أنه أوصى للشـاهدين بثلث ماله فـالشهـادة باطلة . وكذا إذا شـهد الأولان أن الميت أوصى لهـذين الرجلين بعبد وشهـد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله فهـي باطلة، لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة .

وشهد الشهود لهـما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق ؛ لأنه لا شـركة فلا تهمة . قال) ش: أي محمد م: (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشـهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة . وكذا إذا شـهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله فهي باطلة ؛ لأن الشهـادة في هذه الصورة مثبتة للشركة) ش: وذلك لأنهم يشتركون في ثلث العبد .

***

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

قال : وإذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى ، فإن كان يبول من الذكر فهو غلام ، وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عنه كيف يورث ؟ فقال : «من حيث يبول» .

م: (**كتاب الخنثى**)

ش: أي هذا كتاب في بيان أحكام الخنثى .

م: (**فصل في بيانه**)

م: (**قال**) ش: الأكمل : فإن قيل : الفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما ، وها هنا لم يتقدم شيء ، فما وجه ذكر الفصل؟

قلت : كلامه في قوة أن يقال : هذا الكتاب فيه فصلان ، فصل في بيان الخنثى ، وفصل في أحكامه م: (**وإذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى**) ش: أراد بالفرج هنا الحر ، وهو قبل المرأة ، وإلا فالفرج يطلق على قبل المرأة والرجل باتفاق أهل اللغة ، كذا في «المغرب» ، وفيه تركيب الخنث يدل على لين ونكس ، وفيه المخنث وتخنيث في كلامه ، وهو على وزن فعلى ، وجمعه خناثى بالفتح كحبلى وحبالى .

م: (**فإن كان يبول من الذكر فهو غلام ، وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى ؛ لأن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عنه كيف يورث فقال : «من حيث يبول»**) ش: هذا الحديث رواه ابن عدي في «الكامل» من حديث أبي يوسف القاضي عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس - رضي الله عنهما - عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن مولود ولد له قبل وذكر ، من أين يورث ؟ فقال : « من حيث يبول»[1] .

ومن طريق ابن عدي رواه البيهقي في « المعرفة » في الفرائض ، وعده ابن عدي من منكرات الكلبي . وقال البيهقي : الكلبي لا يحتج به ، ورواه ابن الجوزي في «الموضوعات» من جهة ابن عدي ، وقال : البلاء فيه من الكلبي ، انتهى .

---

(١) رواه ابن عدي في « الكامل » (٦/ ١١٨) في ترجمة محمد بن السائب الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس مرفوعاً . قال سفيان الثوري : قال الكلبي : كل شيء أحدث عن أبي صالح فهو كذب .

وعن علي -رضي الله عنه- مثله ، ولأن البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح ، والآخر بمنزلة العيب . وإن بال منهما فالحكم للأسبق لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الأصلي . وإن كانا في السبق على السواء ، فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة- رحمه الله- . وقالا :ينسب إلى أكثرهما بولاً ؛ أنه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضواً أصلياً . ولأن للأكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة ، وله : أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة ؛ لأنه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر

قلت : أبو يوسف إمام مجتهد ثقة كيف يروي عن الكلبي مع علمه بأنه لا يحتج به ، ولو لم يعلم أنه ثقة لما روى عنه .

وقد أيده أيضًا ما روي م: (**عن علي- رضي الله عنه -**) ش: فقال المصنف : وعن علي م: (**مثله**) ش: رواه ابن أبي شيبة في « مصنفه » حدثنا الحسن بن كثير الأحمسي عن أبيه عن معاوية أنه أتي في خنثى فأرسلهم إلى علي - رضي الله عنه - فقال : يورث من حيث يبول ، ورواه الشعبي نحوه ، وروى عبد الرزاق في « مصنفه » عن سعيد بن المسيب نحوه ، وزاد : فإن كانا في البول سواء فمن حيث سبق .

م: (**ولأن البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح ، والآخر بمنزلة العيب**) ش: وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول ، وهكذا كان الحكم في الجاهلية ، فقرره الشرع .

م: (**وإن بال منهما فالحكم للأسبق ، لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الأصلي ، وإن كانا في السبق على السواء ، فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: وبه قال أصحاب الشافعي - رحمه الله - في أحد الوجهين ، فكان خنثى مشكلاً ، فقال أبوحنيفة - رحمه الله - لا أدري .

م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**ينسب إلى أكثرهما بولاً**) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه وأحمد والأوزاعي والمزني م: (**لأنه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضواً أصليًا . ولأن للأكثر حكم الكل في أصول الشرع ، فيترجح بالكثرة**) .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أن كثرة الخروج لا يدل على القوة ؛ لأنه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر**) ش: ولما أخبر أبو يوسف أبا حنيفة - رحمهما الله - بجوابه قال أبو حنيفة : هل رأيت قاضيًا يكيل البول بالأواني ؟ وتوقف أبو حنيفة في الجواب وقال : لا أدري ، وهذا من علامة فقه الرجل في ورعه وعدم تخبطه في الجواب ، فإنه استند عليه بطريق التمييز

وإن كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق ؛ لأنه لا مرجح . قال : وإذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل، وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل ، أو كان له ثدي مستو ؛ لأن هذا من علامة الذكران . ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة ؛ لأن هذه من علامات النساء ، وإن لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل ، وكذا إذا تعارضت هذه المعالم .

بالدليل المعقول والمسموع ، فتوقف كما قالوا جميعًا عند استواء الكثرة : لا علم لنا بذلك .

وسئل ابن عمر - رضي الله عنه - عن مثله فقال : لا أدري ، كذا في « المبسوط» و «الأسرار » ، وإن استويا في الكثرة فهو مشكل عند الجمهور . وحكي عن علي والحسن أنهما قالا : يعد أضلاعه ، فإن أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل .

وقال جابر بن زيد : يوقف إلى جانب حائط فإن بال عليه فهو رجل ، وإن سلسل بين فخذيه فهي امرأة، وكلا القولين ليس بصحيح م: (**وإن كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق ؛ لأنه لا مرجح**) ش: حتى يحكم بالترجيح .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا بلغ الخنثى**) ش: يعني هذا الذي قلنا ما دام صغيراً ، فإذا بلغ م: (**وخرجت لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل . وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل أو كان له ثدي مستو ؛ لأن هذه من علامات الذكران . ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة ؛ لأن هذه من علامات النساء ، وإن لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل . وكذا إذا تعارضت هذه المعالم**) ش: ولو كان شخص لا مهبل له بل له مخرج واحد فيهما بين المخرجين منه يبول ويتغوط ، أو لا يخرج له لا قبل له ولا دبر ، وإنما يتقيأ ما يأكله ويشربه . وحكي في بعض البلاد هذا ، فهو في حكم الخنثى المشكل ، كذا في « المغني » لابن قدامة . وفي «المحيط » وفي« المنتقى » قال : أبو يوسف وأبو حنيفة - رحمهما الله - : ما أدري ما أقول في هذا ، والله أعلم .

***

فصل في أحكامه

قـال - رضي الله عنه -: الأصل في الخنثى المشكل أن يؤخـذ فيـه بالأحـوط والأوثق في أمـور الدين، وأن لا يحكم بثبـوت حكم وقع الشك في ثبـوته . قال وإذا وقـف خلف الإمام قـام بين صف الرجال والنسـاء لاحتمال أنـه امرأة فلا يتخلل الرجـال كي لا يفسد صـلاتهم ، ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته . فإن قـام في صف النساء فأحب إلي أن يعيد صلاته ، لاحتمال أنه رجل ، وإن قـام في صف الرجـال فصـلاته تامـة ويعيـد الذي عن يمينه وعن يسـاره ، والذي خلفه بحذائه صلاتهم احتياطاً ، لاحتمال أنه امرأة . وقال : وأحب إلينا أن

م: (فصل في أحكامه)

ش: أي هذا فصل في بيان أحكام الخنثى .

م: (**قـال - رضي الله عنـه - : الأصل في الخنثى المشكل**) ش: وتذكير الضمير فيه للتغليب المذكـور ، لأن فـيه جـهة الذكـورة وجـهـة الأنوثة ، الأصل في الخنثى المشكل م: (**أن يؤخـذ فيه بالأحوط والأوثـق في أمور الدين ، وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثـبوته**) ش: قال المشكل ولم يقل المشكلة ، لأنه لما لم يعلم تذكيره وتأنيثه ، والأصل هو الذكر ، لأن حواء عليها السلام خلقت من ضلع آدم عليه السلام .

م: (**قـال**) ش: أي القـدوري : م: (**إذا وقف خلف الإمـام قـام بين صف الرجـال والـنسـاء ، لاحتـمال أنه امرأة ، فـلا يتخلل الرجـال كي لا يفسـد صلاتهم ، ولا النساء لاحـتمال أنـه رجل فتفسد صلاته، فإن قـام في صف النساء فأحب إلي أن يعيد صلاته ، لاحـتمال أنه رجل**) ش: إنما قـال : أحب إلي ولم يقل أوجب ، مع أن فيها جهة الفساد ، وفي العبادات جهة الفسـاد راجحة ، لما أن فساد الصلاة بجهة المحاذاة مختلف فيه وفي كونه رجلاً أيضًا ، صار بمنزلة الشبهة ، فلذلك قال : أحب إلي ، أشار إليه في « المبسوط » وفي « الذخيرة » ، هذا حال كونه مراهقًا ، فأما لو كان بالغًا يجب الإعادة لترجيح جهة الفساد .

م: (**وإن قام في صف الرجال فصلاته تامة ، ويعيـد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلاتهم احـتياطًا لاحتمـال أنه امرأة**) ش: إنما قـال : احـتيـاطًا لأن مـبنى العـبادة على الاحـتيـاط ، محاذاة المرأة الرجل في حقهم موهوم .

م: (**وقال : وأحب إلينا**) ش: لفظ قال هنا لم يقع في محله ، لأنه إنما يذكر إما لمحمد وإما للقدوري ، ولم يذكر هذه المسألة إلا في الأصل ، وكذلك لم يقع في نسخة شيخي العلاء م: (**أن**

يصلي بقناع ؛ لأنه يحتمل أنه امرأة ، ويجلس في صلاته جلوس المرأة ؛ لأنه إن كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة ، وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً ، لأن الستر على النساء واجب ما أمكن . وإن صلى بغير قناع أمرته أن يعيد ، لاحتمال أنه امرأة ، وهو على الاستحباب، وإن لم يعد أجزأه ، وتبتاع له أمة تختنه إن كان له مال ؛ لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة ، ويكره أن يختنه رجل ؛ لأنه عساه أنثى ، أو تختنه امرأة ؛ لأنه لعله رجل ، فكان الاحتياط لما قلنا . وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام أمة من بيت المال ؛ لأنه أعد لنوائب المسلمين، فإذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال ، لوقوع الاستغناء عنها . ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير ، وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة ، وأن يسافر من غير محرم من الرجال ؛ توقياً عن احتمال المحرم .

يصلي بقناع ؛ لأنه يحتمل أنه امرأة ، ويجلس في صلاته جلوس المرأة) ش: وفسر السرخسي هذا بقوله : معناه أن يخرج رجليه من جانب ويفضي بإليته إلى الأرض ، لأنه أقرب إلى التستر م: (لأنه إن كان رجلاً فقد ترك سنة ، وهو جائز في الجملة) ش: كما في حالة الضعف .

م: (وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروهًا ؛ لأن الستر على النساء واجب ما أمكن ، وإن صلى بغير قناع أمرته أن يعيد) ش: أي صلاته م: (لاحتمال أنه امرأة ، وهو على الاستحباب) ش: هذا قبل البلوغ ، فأما بعد البلوغ تجب الإعادة م: (وإن لم يعد أجزأه) ش: لأنه ترك الاستحباب .

م: (وتبتاع له أمة تختنه إن كان له مال ؛ لأنه يباح لمملوكه النظر إليه رجلاً كان أو امرأة) ش: قال الكاكي : هذا التعليل يصح في حق الرجل ، أما لا يصح في حق المرأة ؛ لأن الأمة لا يباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدها مطلقًا ، وقال الكاكي : فيه نظر ، لأن ذلك في حالة الاحتياط لا في حالة العذر .

م: (ويكره أن يختنه رجل ؛ لأنه عساه أنثى) ش: أي لعله أنثى م: (أو تختنه امرأة لعله رجل ، فكان الاحتياط فيما قلنا) ش: أنه في شراء الأمة م: (وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام) ش: أي اشترى له من بيت المال م: (أمة من بيت المال ؛ لأنه) ش: بيت المال م: (أعد لنوائب المسلمين ، فإذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها) .

م: (ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير) ش: وفي « النهاية »: وليس في قيد الحياة زيادة فائدة ، لما أنه بعد الموت كذلك م: (وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء) ش: والمرأة بالانكشاف، وهو أن يكون في إزار واحد لأنه مواضع العورة ، لأن ذلك لا يحل لغير الأنثى أيضًا م: (وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة ، وأن يسافر من غير محرم من الرجال توقيًا عن احتمال المحرم) ش: أي عن ارتكابه .

وإن أحرم وقد راهق ، قال أبو يوسف - رحمه الله-: لا علم لي في لباسه ؛ لأنه إن كان ذكراً يكره له لبس المخيط ، وإن كان أنثى يكره له تركه . وقال محمد يلبس لباس المرأة ؛ لأن ترك لبس المخيط وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل ، ولا شيء عليه ؛ لأنه لم يبلغ . ومن حلف بطلاق أو عتاق إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى ؛ لأن الخنث لا يثبت بالشك . ولو قال : كل عبد لي حر ، أو قال : كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره لما قلنا . وإن قال القولين جميعاً عتق للتيقن بأحد الوصفين ؛لأنه ليس بمهمل . وإن قال الخنثى : أنا رجل أو : أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً ؛ لأنه دعوى يخالف قضية الدليل . وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله ؛ لأنه أعلم بحاله من غيره . وإن مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة ؛ لأن حل الغسل

م: (وإن أحرم وقد راهق ، قال أبو يوسف - رحمه الله -: لا علم لي في لباسه ؛ لأنه إن كان ذكراً يكره له لبس المخيط ، وإن كان أنثى يكره له تركه) ش: إنما قال ذلك لاشتباه حاله وعدم مرجح .

م: (وقال محمد - رحمه الله - يلبس لباس المرأة ؛ لأن ترك لبس المخيط وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه ؛ لأنه لم يبلغ) ش: فلا يكون جناية .

م: (ومن حلف بطلاق أو عتاق إن كان أول ولد تلدينه غلامًا) ش: فهو حر م: (فولدت خنثى لم يقع شيء حتى يستبين أمر الخنثى ؛ لأن الخنث لا يثبت بالشك ، ولو قال : كل عبد لي حر، أو قال : كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره لما قلنا) ش: أي لأن الخنث لا يثبت بالشك م: (وإن قال القولين جميعًا عتق) ش: يعني إذا قال : كل عبد لي حر ، وكل أمة لي حرة عتق المملوكة الخنثى م: (للتيقن بأحد الوصفين) ش: لا فرق أن يكون ذكرًا في الواقع أو أنثى ، فأيًا ما كان يعتق بأحد اليمينين م: (لأنه ليس بمهمل) ش: يعني أنه في الواقع ليس بخال عن أحد الحالين .

م: (وإن قال الخنثى أنا رجل أو قال أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً ؛ لأنه دعوى يخالف قضية الدليل) ش: لأنه يقتضي بقاء الإشكال ، وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما يعلم به غيره . حاصله : أنه مجازف فيما يخبر به عن نفسه ، فإنه لم يعلم من ذلك إلا ما يعلم غيره .

م: (وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله ؛ لأنه أعلم بحاله من غيره) ش: وقال الأترازي : في هذا التعليل نظر ، لأنه إنما يكون مشكلاً إذا ظهرت فيه إحدى العلامات ، فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة إلى قول الخنثى بعد ذلك . انتهى . قيل : إنما قال : ينبغي أن يقبل بلفظ ينبغي ، لأن حكمه غير مذكور ، فلم يتيقن به .

م: (وإن مات) ش: أي الخنثى م: (قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة لأن حل الغسل

غير ثابت بين الرجال والنساء ، فيتوقى لاحتمال الحرمة ، وَيُيَمَّم بالصعيد لتعذر الغسل . ولا يحضر إن كان مراهقاً غسل رجل ولا امرأة لاحتمال أنه ذكر أو أنثى ، وإن سجى قبره فهو أحب؛ لأنه إن كان أنثى يقيم واجباً ، وإن كان ذكراً فالتسجية لا تضره .وإذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الإمام ، والخنثى خلفه ، والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال أنه امرأة ، ويقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل . ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال أنه امرأة ، ويجعل بينهما حاجز من صعيد ، وإن كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنه رجل . وإن كان يجعل على السرير نعش المرأة فهو أحب إلي لاحتمال أنه عورة .

غير ثابت بين الرجال والنساء) ش: أي غسل الرجل امرأته وعكسه غير ثابت في الشرع م: (فيتوقى لاحتمال الحرمة) ش: فإن النظر إلى العورة حرام ، والحرمة لم تكشف بالموت ، فتعذر غسله لانعدام من يغتسله ، فصار بمنزلة من تعذر غسله لانعدام ما يغسل به م: (وَيُيَمَّم بالصعيد لتعذر الغسل) ش: ويتيمم مع الخرقة ، إن يممه الأجنبي ، وبغيرها إن كان ذا رحم محرم من الميت ينظر المتيمم إلى وجهه، ويعوض وجهه عن ذراعيه لاحتمال أن يكون امرأة .

م: (ولا يحضر) ش: أي الخنثى م: (إن كان مراهقًا غسل رجل ولا امرأة لاحتمال أنه ذكر أو أنثى ، وإن سجي قبره فهو أحب ؛ لأنه إن كان أنثى يقيم واجبًا ، وإن كان ذكرًا فالتسجية لا تضره . وإذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الإمام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤجر عن الرجال ، لاحتمال أنه امرأة ، ويقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل) .

م: (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال أنه امرأة، ويجعل بينهما حاجز من صعيد ، وإن كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنه رجل ، وإن كان يجعل على السرير نعش المرأة فهو أحب إلي لاحتمال أنه عورة) ش: والنعش شبه المحفة ، مشبك مطبق على المرأة إذا وضعت على الجنازة .

وفي « الذخيرة » : وإن حمل الخنثى مقلوبًا فهو أحب إلي ، ومعنى المقلوب : أنه إذا كان للجنازة قوائم تقلب وتجعل القوائم التي أسفل الجنازة أعلاها ، ثم عمل عليه ، لأنه لابد وأن يلقى عليه ثوب .

فإذا جعلت الجنازة مقلوبة يلقى الثوب على القوائم ، فيكون أستر له مما حمل على ظاهر الجنازة ، وإن لم يكن لها قوائم وضع على ظاهر الجنازة ، ووضع عليه النعش فيكون أستر له ، فإن كان امرأة فهو السنة ، وإن كان رجلاً فالنعش لا يضره .

ويكفن كما تكفن الجارية ، وهو أحب إلي ، يعني : يكفن في خمسة أثواب ؛ لأنه إذا كان أنثى فقد أقيمت سنة ، وإن كان ذكراً فقد زادوا على الثلاثة ولا بأس بذلك ، ولو مات أبوه وخلف ابناً وخنثى فالمال بينهما عند أبي حنيفة- رحمه الله- أثلاثًا ، للابن سهمان وللخنثى سهم ، وهو أنثى عنده في الميراث ، إلا أن يتبين غير ذلك . وقالا: للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى ، وهو قول الشعبي - رحمه الله- .واختلفا في قياس قوله ، قال محمد- رحمه الله- : المال بينهما على اثني عشر سهماً ، للابن سبعة

م: (ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحب إلي ، يعني يكفن في خمسة أثواب ؛ لأنه إذا كان أنثى فقد أقيمت سنة ، وإن كان ذكرًا فقد زادوا على الثلاثة ، ولا بأس بذلك) ش: لأن عدد الكفن يعتبر بعدد الثياب حال الحياة ، فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضار كما في حال الحياة ، فإن للرجل أن يلبس حال حياته أزيد من الثلاثة .

م: (ولو مات أبو ه) ش: أي أبو الخنثى م: (وخلف ابنًا وخنثى فالمال بينهما عند أبي حنيفة - رحمه الله-أثلاثًا ، للابن سهمان وللخنثى سهم ، وهو) ش: أي الخنثى م: (أنثى عنده) ش: أي عند أبي حنيفة م: (في الميراث) ش: وبه قال الشعبي ، كذا ذكره بعضهم م: (إلا أن يتبين غير ذلك) ش: هذا استثناء من قوله : وهو أنثى عنده في الميراث ، يعني وهو بأن يظهر فيه إحدى علامات الذكورية بلا تعارض ، فحينئذ يعتبر ذكرًا .

م: (وقالا) ش: أي أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م: (للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي- رحمه الله-) ش: وذكر القدوري قول محمد مع أبي يوسف- رحمه الله - ، وكذلك ذكر أبو النصر البغدادي قول محمد مع أبي يوسف - رحمه الله - وكذلك ذكره المصنف ، وكذلك في عامة الكتب ذكروا قول محمد مع أبي يوسف خيفةً. وقال الكاكي : ذكر في عامة كتب أصحابنا أن للخنثى المشكل أقل النصيبين ، يعني سواء الحالتين عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف - رحمهم الله - أولاً ، وعليه الفتوى ، وهو قول عامة الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - .

وقال أبو يوسف آخرًا : له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى ، وهو قول أحمد وابن أبي ليلى والثوري وشريك والحسن بن صالح وأهل المدينة وأهل مكة وابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - . وقال الشافعي وأبو ثور وداود وابن جرير - رحمه الله - : يعطى له اليقين ، وهو ميراث أنثى ويوقف الباقي إلى أن يتبين الأمر ، ويصطلحوا . وفيه قول آخر للشافعي شاذ.

م: (واختلفا في قياس قوله) ش: أي على ترجيح قول الشافعي - رحمه الله - م: (قال محمد- رحمه الله- : المال بينهما) ش: أي بين الابن والخنثى م: (على اثني عشر سهمًا للابن سبعة

وللخنثى خمسة . وقال أبو يوسف - رحمه الله- : المال بينهما على سبعة ،للابن أربعة وللخنثى ثلاثة ؛ لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد ، والخنثى ثلاثة الأرباع ، فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما ، هذا يضرب بثلاثة ، وذلك يضرب بأربعة ، فيكون سبعة . لمحمد - رحمه الله- أن الخنثى لو كان ذكراً يكون المال بينهما نصفين ، وإن كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثاً احتجنا إلى حساب له نصف وثلث وأقل ذلك ستة ، ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة ، وفي حال يكون أثلاثاً للخنثى سهمان وللابن أربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ، ووقع الشك في السم الزائد فينتصف ، فيكون له سهمان ونصف فانكسر ، فيضعف ليزول الكسر ، فصار الحساب من أثنى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة . ولأبي حنيفة - رحمه الله- أن الحاجة ههنا إلى إثبات المال ابتداء والأقل وهو ميراث الأنثى متيقين به ، وفيما زاد عليه شك فأثبتنا المتيقن قصراً عليه ، لأن المال لا يجب بالشك ، وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر ، فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن ، كذا هذا ، إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقناً به ،

وللخنثى خمسة. وقال أبو يوسف - رحمه الله- : المال بينهما على سبعة ، للابن أربعة وللخنثى ثلاثة ؛ لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد ، والخنثى) ش: يستحق م: (ثلاثة الأرباع ، فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما ، هذا يضرب بثلاثة وذاك يضرب بأربعة ، فيكون سبعة . ولمحمد - رحمه الله- :أن الخنثى لو كان ذكراً يكون المال بينهما نصفين وإن كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثًا احتجنا إلى حساب له نصف وثلث، وأقل ذلك ستة، ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة ، وفي حال يكون أثلاثًا للخنثى سهمان وللابن أربعة ، فسهمان للخنثى ثابتان) ش: باتفاق م: (بيقين ، ووقع الشك في السهم الزائد ، فينتصف فيكون له سهمان ونصف ، فانكسر فيضعف ليزول الكسر ، فصار الحساب من اثني عشر، للخنثى خمسة وللابن سبعة) .

م: (ولأبي حنيفة- رحمه الله- : أن الحاجة ههنا إلى إثبات المال ابتداء) ش: لأنه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة أو الأنوثة ، ولا شيء منهما معلوم ، وإثبات المال ابتداء بدون سبب متحقق غير مشروع ، فلا بد من البناء على المتيقن م: (والأقل وهو ميراث الأنثى متيقن به ، وفيما زاد عليه شك فأثبتنا المتيقن به قصراً عليه ؛ لأن المال لا يجب بالشك ، وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر) ش: كما في مسألة المفقود م: (فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن ، كذا هذا ، إلا أن يكون نصيبه الأقل) ش: هذا استثناء من قوله : فأوجبنا المتيقن قصراً عليه ، يعني أوجبنا للخنثى ميراث الأنثى للتيقن وما تجاوزنا عنه بإثبات الزيادة ، لأن المال لا يجب بالشك ، إلا أن نصيبه الأقل م: (لو قدرناه ذكراً ، فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنًا به) .

وهو أن تكون الورثة زوجاً وأماً وأختاً لأب وأم وهي خنثى ، أو امرأة وأخوين لأم وأختا لأب وأم هي خنثى فعندنا في الأولى للزوج النصف ، وللام الثلث والباقي للخنثى ، وفي الثانية للمرأة الربع وللأخوين لأم الثلث والباقي للخنثى ؛ لأنه أقل النصيبين فيهما ، والله أعلم .

وأشار إلى صورته بقوله : م: (**وهو أن تكون الورثة زوجًا وأمًا وأختًا لأب وأم وهي خنثى**) ش: هذه صورة؛ للزوج النصف وللأم الثلث ، فلو قدرنا الخنثى أنثى يكون لها النصف فتؤول المسألة إلى ثمانية . ولو قدرناه ذكرًا يكون الباقي من الستة وهو السدس، ، فيعطى له ، لأنه أقل من النصف .

وصورة أخرى أشار إليها بقوله: م: (**أو امرأة**) ش: أي أو ترك امرأة م: (**وأخوين لأم وأختًا لأب وأم هي خنثى**) ش: أصل المسألة من اثني عشر ، فللمرأة الربع وللأخوين لأم الثلث ، فلو قدرنا الخنثى ذكرًا يكون له الباقي وهو الخمسة ، ولو قدرناه أنثى يكون لها النصف وهي ستة تؤول المسألة إلى ثلاثة عشر فتعطى الخمسة ، لأنها أقل من الستة .

وأشار إلى ما يعطى في الصورة الأولى بقوله: م: (**فعندنا في الأولى**) ش: أي في صورة الأول م: (**للزوج النصف وللأم الثلث ، والباقي للخنثى**) ش: وقد بيناه الآن م: (**وفي الثانية**) ش: أي في الصورة الثانية م: (**للمرأة الربع وللأخوين لأم الثلث والباقي للخنثى ؛ لأنه أقل النصيبين فيهما**) ش: وهو سواء الحالتين م: (**والله أعلم**) .

***

مسائل شتى

قال : وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته فقيل له : أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه ، أي نعم ، أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز ، ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه . وقال الشافعي- رحمه الله- : يجوز في الوجهين ؛لأن المجوز إنما هو العجز ، وقد شمل الفصلين . ولا فرق بين الأصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش من الأهلي في حق الذكاة . والفرق لأصحابنا -رحمهم الله-: أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة معلومة ، وذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه ، حتى لو امتد ذلك

م: (مسائل شتى)

ش: أي هذه مسائل شتى ، أي متفرقة من كل باب .

م: (**قال**) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (**وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته فقيل له: أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه ، أي نعم ، أو كتب**) ش: أي أو كتب الأخرس نعم م: (**فإذا جاء من ذلك**) ش: الإيماء والكتابة والخط والعقد ، وذلك أربعة الإيماء والكتابة والخط والعقد جاز .

أو بالخط وبالعقد عقد الأصابع على رسم المهندسين م: (**ما يعرف أنه إقرار فهو جائز**) ش: يحكم بجواز وصيته ، ولا يعلم فيه خلاف م: (**ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه**) ش: بضم الياء وفتح القاف على صيغة المجهول ، يقال : اعتقل لسانه إذا حبس عن الكلام ولم يقدر ، وبه قال الثوري وأحمد والأوزاعي .

م: (**وقال الشافعي- رحمه الله- : يجوز في الوجهين**) ش: أي في الإشارة والكتابة ، وبه قال ابن المنذر م: (**لأن المجوز إنما هو العجز وقد شمل الفصلين**) ش: أي الأخرس والعقل م: (**ولا فرق بين الأصلي والعارض**) ش: أي لا فرق بين العجز الأصلي والعجز العارض م: (**كالوحشي والمتوحش من الأهلي**) ش: أي من الحيوان الأهلي م: (**في حق الذكاة**) ش: بالذال المعجمة ، أي في الذكاة الاضطرارية .

م: (**والفرق**) ش: أي بين الأصلي والعارضي م: (**لأصحابنا- رحمهم الله- : أن الإشارة إنما تعتبر**) ش: وتقوم مقام النطق في حق الأخرس م: (**إذا صارت معهودة معلومة ، وذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه**) ش: لاحتمال أن يزول ما به من المرض ، فيطلق لسانه ، فلم تقم إشارته أو كتابته مقام العبارة ، لأن عجزه عارض على شرف الزوال م: (**حتى لو امتد ذلك**) ش: أي اعتقاله .

وصارت له إشارات معلومة ، قالوا : هو بمنزلة الأخرس ، ولأن التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت ، أما الأخرس فلا تفريط منه ، ولأن العارضي على شرف الزوال دون الأصلي ، فلا ينقاسان وفي الآبدة عرفناه بالنص . قال : وإذا كان الأخرس يكتب كتاباً أو يومئ إيماءً يعرف به ، فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ، ويقتص له ومنه ولا يحد له . أما الكتابة فلأنها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا .ألا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة إلى الغيب

قال التمرتاشي : حده سنة م: (**وصارت له إشارات معلومة ، قالوا**) ش: أي المشايخ م: (**هذا بمنزلة الأخرس**) ش: وحكى الحاكم عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه قال : إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة ، ويجوز الإشهاد عليه ، لأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله ، فكان كالأخرس ، قالوا : وعليه الفتوى ، كذا ذكره المحبوبي .

م: (**ولأن التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت ، أما الأخرس فلا تفريط منه ، ولأن العارضي على شرف الزوال دون الأصلي ، فلا ينقاسان**) ش: أي لا يقبلان القياس ، بخلاف الصغيرة والآيسة ، لأن امتداد الطهر وارتفاع الحيض على شرف الزوال دون الصغر والإياس .

م: (**وفي الآبدة**) ش: من أبدت البهيمة أبد وتأبد ، أي توحشت ، والجمع الأوابد ، وهو جواب عن قول الشافعي كالوحشي والمتوحش م: (**عرفناه بالنص**) ش: وقال تاج الشريعة : الضمير في عرفته عائدًا إلى عدم العرف بين الوحش الأهلي والمتوحش من الأهلي في حق المذكورة ، والنص هو ما رواه ابن خديج أن بعيراً من أهل الصدقات ند فرماه رجل بسهم فقتله فقال ﷺ : « **إن لها أوابد كأوابد الوحش ، فإذا فعلت شيئًا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه** »[1] .

م: (**قال**) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (**وإذا كان الأخرس يكتب كتابًا أو يومئ إيماءً يعرف به ، فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له**) ش: إذا قتل م: (**منه**) ش: أي ويقتص له إذا قتل من له القصاص فيه م: (**ولا يحد له**) ش: أي إذا كان الأخرس مقذوفًا .

م: (**أما الكتابة فلأنها ممن نأى**) ش: أي ممن بعد م: (**بمنزلة الخطاب ممن دنا**) ش: أي قرب ، لأن الكتابة جعلت مقام العبارة في حق الغائب للعجز عن النطق باللسان ، والعجز في حق الأخرس ألزم ، ثم أوضح ذلك بقوله : م: (**ألا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة ، وتارة بالكتابة إلى الغيب**) ش: ففي «الصحيحين» عن ابن عباس - رضي الله عنهما -

---

(١) رواه البخاري « في الصيد والذبائح » (٥٥٤٤) .

والمجوز في حق الغائب العجز ، وهو في حق الأخرس أظهر وألزم ، ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم ، وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ، ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار . وينوي فيه ؛ لأنه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية ، وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء ، وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم. وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك ؛ لأنها من حقوق العباد ، ولا تختص بلفظ دون لفظ ، وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد أيضاً ، ولا حاجة إلى الحدود ؛

أن رسول الله ﷺ كتب إلى قيصر يدعوه إلى الإسلام ، وبعث بكتابه مع دحية الكلبي - رضي الله عنه - . . . الحديث بطوله مشهور . وكتب إلى بكر بن وائل، رواه ابن حبان في « صحيحه » عن أنس - رضي الله عنه - ، وكتب إلى يهود خيبر ، رواه أبو نعيم في «دلائل النبوة» من حديث ابن عباس .

م: (**والمجوز في حق الغائب العجز ، وهو**) ش: أي العجز م: (**في حق الأخرس أظهر وألزم ، ثم الكتابة على ثلاث مرات مستبين**) ش: أي بين م: (**مرسوم**) ش: أي معنون بالعنوان ، والعنوان أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان م: (**وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا**) ش: أي المشايخ.

م: (**ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار ، وينوى فيه**) ش: على صيغة المجهول بالتشديد ، أي يطلب منه النية فيه م: (**لأنه بمنزلة صريح الكتابة**) ش: أي بمنزلة كتابة قوله أنت بائن م: (**فلابد من النية**).

م: (**وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء ، وهو بمنزلة كلام غير مسموع ، فلا يثبت به الحكم . وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام**) ش: أي النكاح والطلاق ، والبيع والشراء م: (**للحاجة إلى ذلك ؛ لأنها من حقوق العباد ، ولا يختص بلفظ دون لفظ**) ش: يعني هذه التصرفات من النكاح ونحوه لا يتعلق بلفظ خاص ، بل يثبت بألفاظ كثيرة ، ويثبت بلفظ دون لفظ ، أي كما ثبت بالعربي يثبت بالفارسي وغيره م: (**وقد ثبت بدون اللفظ**) ش: يعني بفعل ، يدل على اللفظ كالتعاطي.

م: (**والقصاص حق العبد أيضًا**) ش: أي الثابت في حق العبد ، فيثبت بإشارته م: (**ولا حاجة إلى الحدود**) ش: أي لا حاجة إلى التوسعة في الحدود .

لأنها حق الله تعالى . ولأنها تندرئ بالشبهات ، ولعله كان مصدقاً للقاذف ، فلا يحد للشبهة ، ولا يحد أيضاً بالإشارة في القذف لانعدام القذف صريحاً وهو الشرط ، ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ، ألا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد . ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص ، وإن لم يوجد لفظ التعمد وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية ؛ لأنه شرع جابراً فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد . أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر ، وليس فيها معنى العوضية ، فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة . وذكر في كتاب الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ، ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك ، فيكون فيهما روايتان ،

م: (لأنها حق لله تعالى ، ولأنها تندرئ بالشبهات ، ولعله كان مصدقًا للقاذف ، فلا يحد للشبهة ولا يحد أيضًا بالإشارة في القذف ، لانعدام القذف صريحًا وهو الشرط) ش: أى التصريح هو الشرط كما مر في الحدود .

م: (ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ، ألا ترى أنهم) ش: أي أن الشأن م: (لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد) ش: وإن كان مطلق الحرمة ينصرف إلى الزمان لاحتمال أنه وطئ امرأته في حال الحيض ، أو وطئ أمته المجوسية ، ولهذا لا يجب الحد بقوله بالحرام زاده .

م: (ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص ، وإن لم يوجد لفظ التعمد ، وهذا) ش: أي التصريح بالعمد م: (لأن القصاص فيه معنى العوضية) ش: لأنه يستوفي كل واحد منهما نفس الآخر م: (لأنه) ش: أي لأن القصاص م: (شرع جابراً ، فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد ، أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر ، وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة . وذكر في كتاب الإقرار) ش: من الأصل م: (أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ، ويحتمل أن يكون الجواب هنا) ش: أي في الأخرس م: (كذلك) ش: أي لا يكون حجة م: (فيكون فيهما) ش: أي في الأخرس والغائب عن الأخرس م: (روايتان) ش: وفي نسخة الأترازي : فيكون فيها بإفراد الضمير ، وقال : أي في مسألة الأخرس على رواية كتاب « الجامع الصغير » : يجب عليه القصاص بالكتابة وعلى اعتبار رواية كتاب « الإقرار » في الغائب : لا يجب على الأخرس القصاص بالكتابة .

ثم قال : وقال بعضهم في شرحه : فيهما تضمير التثنية ، أي في الأخرس والغائب عن الأخرس ، فذاك ليس بشيء ، لأنه لم يثبت الروايتان في الغائب ، بل فيه رواية كتاب « الإقرار »

ويحتمل أن يكون مفارقاً لذلك ؛ لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق ، ولا كذلك الأخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة ، ودلت المسألة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة . بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا-رحمهم الله- أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة ؛ لأنه حجة ضرورية ، ولا ضرورة ، لأنه جمع ههنا بينهما فقال : أشار أو كتب وإنما استويا لأن كل واحد منهما حجة ضرورية ، وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة ، وفي الإشارة زيادة أمر لم يوجد في الكتابة لما أنه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا . وكذلك الذي صمت يوماً أو يومين بعارض .

فحسب ، ولا يجب عليه القصاص بالكتابة .

قلت : أراد بقوله وقال بعضهم في شرحه ، هو الكاكي ، وفي بقية ما قاله نظر لا يخفى .

م: (**ويحتمل أن يكون مفارقًا لذلك ؛ لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق ، ولا كذلك الأخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة ، ودلت المسألة**) ش: أي قوله : وإذا قرئ على الأخرس فأومأ برأسه ، أي نعم ، أو كتب م: (**على أن الإشارة معتبر ة ، وإن كان قادراً على الكتابة ، بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا- رحمهم الله- أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة ؛ لأنه**) ش: أي الإشارة على تأويل المذكور ، أو على تأويل نقل الإشارة م: (**حجة ضرورية، ولا ضرورة**) ش: مع وجود الكتابة م: (**لأنه**) ش: أي لأن محمداً م: (**جمع ههنا**) ش: في الكتابة م: (**بينهما**) ش: أي في « الجامع الصغير » بين الإشارة والكتابة .

م: (**فقال أشار أو كتب**) ش: وهذا دليل على أن الإشارة معتبرة ، وإن كان قادرًا على الكتابة. وقال الأترازي : ولنا في دعوى الجمع بينهما ، لأنه قال في « الجامع الصغير» : وإذا كان الأخرس يكتب أو يومئ كلمة أو لأحد الشبهين لا للجمع ، على أنا نقول : قال في الأصل: وإن كان الأخرس لا يكتب ، وكانت له إشارة عرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز ، فيعلم من إشارة رواية الأصل أن الإشارة من الأخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة ، لأنه بين حكم إشارة الأخرس بشرط أن لا يكتب .

قلت : في نظره نظر لا يخفى .

م: (**وإنما استويا**) ش: أي الكتابة والإشارة م: (**لأن كل واحد منهما حجة ضرورية ، وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة ، وفي الإشارة زيادة أمر لم يوجد في الكتابة لما أنه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا ، وكذلك الذي صمت يومًا أو يومين بعارض**) ش: عطفًا على قوله : ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه ، أي صمت يومًا أو يومين بعارض من العوارض ، فأشار

لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة ، وقيل : هذا تفسير لمعتقل اللسان . قال : وإذ كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة ، فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل ، وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل ، وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار ، أما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك ؛ لأن الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة ، فالتي تحتمل أن تكون ذكية أولى ، غير أنه يتحرى ؛ لأنه طريق يوصله إلى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة . وقال الشافعي - رحمه الله- :لا يجوز الأكل في حالة الاختيار ، وإن كانت المذبوحة أكثر ، لأن التحري دليل ضروري ، فلا يصار إليه من غير ضرورة ، ولا ضرورة ؛ لأن الحالة حالة الاختيار. ولنا : أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة . ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ، ومع ذلك يباح التناول اعتماداً على الغالب ، وهذا لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه ، ولا يستطاع الامتناع منه ، فسقط اعتباره

برأسه أو كتب لا يجوز أن يقوم مقام إقراره .

وقال الكاكي : إنه في بعض النسخ : صمت ، والمصمت هو الله تعالى م: (**لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة وقيل : هذا تفسير لمعتقل اللسان**) ش: كذا قال فخر الإسلام البزدوي في شرح « الجامع الصغير » حيث قال : فيه وهو تأويل ما سبق ذكره في الذي اعتقل لسانه .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد في « الجامع الصغير » : م: (**وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة، فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل ، وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل**) ش: هذا لفظ « الجامع » ، وقال المصنف : م: (**وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار ، أما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك ؛ لأن الميتة المتيقنة تحل في حالة الضرورة ، فالتي تحمل أن تكون ذكية أولى، غير أنه يتحرى ، لأنه طريق يوصله إلى الذكية في الجملة فلا يتركه**) ش: أي التحري م: (**من غير ضرورة**) .

م: (**وقال الشافعي- رحمه الله- : لا يجوز الأكل في حالة الاختيار ، وإن كانت المذبوحة أكثر ؛ لأن التحري دليل ضروري فلا يصار إليه من غير ضرورة ؛ ولا ضرورة لأن الحالة حالة الاختيار ولنا : أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة**) ش: فكما أن في حالة الضرورة تباح الميتة ، فكذلك يباح التناول عند غلبة الحلال على الحرام ، لأن للغالب حكم الكل ، لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه ، وكل قليل لا يمكن الاحتراز عنه فهو عفو كما في النجاسة القليلة .

م: (**ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ، ومع ذلك يباح التناول اعتماداً على الغالب ، وهذا لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه ، ولا يستطاع الامتناع منه ، فسقط اعتباره**

دفعـاً للحرج كقليل النجـاسة وقليل الانكشاف من العـورة، بخلاف ما إذا كانا نصـفين أو كانت الميتة أغلب ؛ لأنه لا ضرورة فيه ، والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب .

دفعًا للحـرج كقليل النجاسة . وقليل الانكشاف من العـورة ، بخلاف ما إذا كانا نصفين ، أو كـانت الميتة أغلب ؛ لأنه لا ضـرورة فيـه ، والله أعلم بالصـواب ، وإليـه المرجع والمآب) ش: فلا توكل التحري ، بخلاف الثياب النجسة ، فإنه يتحرى فيها ، وإن كان الطاهر والنجس نصفين عندنا ، وبه قال الشافعي ، وفي الأواني النجسة : لا يتحرى إلا إذا كانت الغلبة للطاهر .

وقال الشافعي : يتحرى في التنصيف وفي الغلبة . وقال أحمد والمزني وأبو ثور: لا يتحرى في الأواني أصلاً ، ويتيمم ويصلي ، واختلفت الرواية عن أحمد في جواب إراقة ماء الأواني قبل التيمم . وقال ابن الماجشون المالكي : لا يتحرى ، ولكنه يتوضأ بأحدهما ويصلي ثم يتوضأ بالآخر ويعيد الصلاة التي صلاها . والله أعلم بالصواب .

***

وهذا آخر ما انتهيت من تأليف كتاب « البناية في شرح الهداية » في العشرين من شهر الله المحرم الحرام عام خمسين وثمانمائة بالقاهرة المحروسة في مدرسة البدرية تجاه كسامة ، بالقرب من الجامع الأزهر ، فنسأل الله من فضله ولطفه قبول ذلك وإلقاء الإنصاف في قلب من ينظر فيه ، بحيث إنه إذا اطلع على محاسنه يترحم على مؤلفه وإذا اطلع على عيب من العيوب التي لا يخلو عنها زلل القلم وخمود الذهن بأنواع من الألم يبادر إلى إصلاحه وستر عيبه .

وأما الحاسد فإنه لا يصدر منه إلا الإنكار واطلاع الناس على العثرات ، وما وقع فيه من الإسقاطات خصوصًا كان جمعي لهذا الشرح في زمن تأخر فيه من يستحق التقديم ، وتقدم فيه من يستحق التأخير من الفجرة العظام والجهلة اللئام ، وتراكب الهموم والأحزان حتى من الأصدقاء والإخوان ، وخصوصًا كنت في سن الذي ناهز التسعين من ضعف البصر ، وغالب الكتابة في الليالي ، وليس بعجيب أن يسلم شخص من السهو والنسيان ، وهو في هذه الحالات ، ولكن هذا يكون من الكرامات ببركة أدعية مشايخي الذين أخذت عنهم وهم أصحاب الكرامات بظهورها للأفراد والجماعات .

وكان السبب في تأليف هذا الشرح أن شخصًا من الفضلاء المستعربين من أبناء العجم قريبًا ، سألني قراءة كتاب « الهداية » فأجبته بذلك ، فقال : ما أقرأ إلا من أول كتاب « المضاربة» فقلت : نعم ، ثم شرعت في شرح درسه أولاً بأول ، وكتبت مجلدًا في شرح كتاب المضاربة إلى كتاب القسمة ، وكان ابتدائي فيه في غرة صفر من سنة سبعة عشر وثمانمائة من الهجرة وكان فراغي منه في نهار الخميس ، الثاني والعشرين من جمادى الأولى من السنة المذكورة ثم شرعت في شرح كتاب القسمة عقيب فراغي من شرح كتاب المضاربة أي كتاب القسمة ، وأتممته في سلخ رجب الأصم من سنة سبعة عشر وثمانمائة ، ثم تمادى الحال من هذا التاريخ إلى سنة سبعة وثلاثين وثمانمائة .

ثم شرعت في شرح الكتاب من أوله لباب الطهارة وفرغت منه ليلة الأربعاء السادس عشر من جمادى الآخر من سنة سبعة وثلاثين .

ثم كتبت « الجزء الثاني » وفرغت منه في السادس عشر من رمضان المعظم من السنة المذكورة .

ثم شرعت في « الثالث » وفرغت منه نهار الجمعة قبل الزوال الثالث والعشرين من شوال من سنة ثمانية وثلاثين .

....

ثم شرعت في « الجزء الرابع » وفرغت منه في الثالث عشر من شوال من سنة سبعة وأربعين وثمانمائة .

ثم شرعت في « الجزء الخامس » وفرغت منه في اليوم الثاني من ربيع الآخر من سنة ثمانية وأربعين وثمانمائة .

ثم شرعت في « الجزء السادس » وفرغت منه في نهار الخميس الثاني عشر من شهر شوال من السنة المذكورة .

ثم شرعت في « الجزء السابع » وفرغت منه في يوم الأربعاء السادس عشر من شعبان من سنة تسع وأربعين وثمانمائة .

وأما « الثامن والتاسع والعاشر » فقد ذكرناه ؛ والذي ينظر فيه يعرف مقدار الخلو من الصيف سنين عديدة ، ويعرف مقدار التكميل والإتمام مدة لطيفة كل ذلك بنظر الله وتوفيقه ، فنسأل الله تعالى خاتمة الخير والاجتناب عن الشر ، إنه على ذلك قدير وبالإجابة جدير .

ورأيت في آخر شرح قوام الدين الكاكي - رحمه الله - أنه قال : هذا آخر ما انتهيت إليه من تأليف « معراج الدراية في شرح الهداية » الحادي والعشرين من محرم سنة خمس وأربعين وسبعمائة ، ورأيت بخط الإمام العالم العلامة قوام الدين شارح «الهداية » في آخر شرحه يقول العبد الضعيف أبو حنيفة قوام الدين أمير كاتب ابن أمير عمر العهد الغازي الأبعاني : هذا آخر«غاية البيان » نادرة الزمان في آخر الأوان في شرح كتاب « الهداية » .

ثم قال بخطه أيضًا : وكان افتتاح شرحنا بالقاهرة غرة شهر ربيع الآخر من سنة إحدى وعشرين وسبعمائة ، وبعضه عمل بالعراق وإزاه في زمن السلطان أبي سعيد - نور الله مرقده، وبرد مضجعه - وأكثره عمل ببغداد وكراماته معدودة ، وآخره بدمشق إلى أن ختم في السابع عشر من ذي القعدة يوم الخميس أول يوم من آذار سنة سبع وأربعين وسبعمائة ، وكان جميع مدة الشرح ستة وعشرين سنة وسبعة أشهر وسبعة عشر يومًا .

والحمد لله رب العالمين وصلواته على محمد وآله أجمعين . غفر الله لكاتبه وللناظر فيه وللقارئ فيه ولمن رأى فيه خللاً وأصلحه ولمن دعا لكاتبه بالمغفرة وجميع المسلمين . آمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين ، والحمد لله رب العالمين ، آمين .

❋ ❋ ❋

أطراف الأحاديث والآثار الواردة في الكتاب

المعرف بأل

حرف الباء

المعرف بأل

حرف التاء

المعرف بأل

حرف الثاء

المعرف بأل

حرف الجيم

المعرف بأل

حرف الحاء

المعرف بأل

حرف الخاء

المعرف بأل

حرف الدال

حرف الذال

المعرف بأل

حرف الراء

المعرف بأل

حرف الزاي

المعرف بأل

حرف السين

المعرف بأل

حرف الشين

المعرف بأل

حرف الصاد

المعرف بال

حرف الضاد

حرف الطاء

حرف العين

المعرف بال

حرف الغين

حرف الفاء

المعرف بأل

حرف القاف

المعرف بأل

حرف الكاف

حرف اللام

المعرف بأل

حرف الميم

المعرف بأل

حرف النون

المعرف بأل

حرف الهاء

حرف الواو

المعرف بأل

حرف اللام ألف

حرف الياء

المعرف بأل

تم الفهرس بحمد الله

ثبت المراجع

١ - **الإجماع** : لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، تحقيق الدكتور أبو حماد صغير بن أحمد بن ضيف ، دار طيبة - الرياض ١٤٠٢ هـ .

٢ - **الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان** : ترتيب علاء الدين الفارسي ، نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ١٣٩٠ هـ.

٣ - **الاختيارات الفقهية لابن تيمية** : تأليف بدر الدين البعلي الحنبلي ، طبع في الرياض .

٤ - **الاستذكار لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ في معاني الرأي والآثار** : لأبي عمر يوسف بن عبد البر ، تحقيق علي النجدي ناصف ، القاهرة ، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ١٣٩١ هـ.

٥ - **الاستيعاب في أسماء الأصحاب** : لابن عبد البر ، انظر « الإصابة » .

٦ - **أسد الغابة في معرفة الصحابة** : لعز الدين بن الأثير الجزري ، تحقيق محمد إبراهيم البنا ومحمد أحمد عاشور ومحمود عبد الوهاب فايد ، مطبعة الشعب ، القاهرة ، ١٩٧٠م .

٧ - **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك** : أبو بكر بن حسن الكشناوي ، طبع عيسى البابي الحلبي .

٨ - **الإصابة في تمييز الصحابة** : لابن حجر العسقلاني ، دار صادر بيروت .

٩ - **الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الأخبار** : للحازمي ، تحقيق محمد أحمد عبد العزيز ، مكتبة عاطف ، القاهرة .

١٠ - **الأعلام للزركلي** : دار العلم للملايين ، الطبعة الخامسة .

١١ - **الأعلام العلية** : لأبي حفص البزار ، دار الكتاب الجديد ، بيروت سنة ١٩٧٠م .

١٢ - **الإفصاح عن معاني الصحاح** : للإمام أبي المظفر يحيى بن هبيرة الحنبلي ، توزيع مكتبة الحرمين في الرياض .

١٣ - **الإكمال لابن ماكولا** : تحقيق العلامة عبد الرحمن المعلمي ، تصوير عن دائرة المعارف العثمانية ، بحيدر آباد ، الدكن - تصوير بيروت .

١٤ - **الإلمام بأحاديث الأحكام** : للإمام ابن دقيق العيد ، تحقيق محمد سعيد مولوي ، دمشق

١٣٨٣ هـ.

١٥ - **الأم** : للشافعي ، أشرف على طبعه وتصحيحه محمد زهدي النجار ، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ١٣٨١ هـ، الأولى.

١٦ - **الأموال** : لأبي عبيد القاسم بن سلام ، تحقيق خليل الهراس .

١٧ - **أنباء الغمر بأبناء العمر** : لابن حجر العسقلاني ، تحقيق الدكتور حسن الحبشي ، القاهرة ١٣٨٩ هـ.

١٨ - **الأنساب للسمعاني** : تحقيق عبد الرحمن المعلمي اليماني ، بيروت ، تصوير عن الهند الطبعة الأولى.

١٩ - **الإنصاف** : لابن عبد البر ، طبمع ضمن المجموعة المنيرية - القاهرة.

٢٠ - **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل** : للأمام علاء الدين المرداوي ، تصحيح وتحقيق محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة ، ١٣٧٧هـ.

٢١ - **إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون** : لإسماعيل بن محمد البغدادي ، بيروت- طبعة مصورة عن طبعة استنبول .

٢٢ - **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** : للإمام زين الدين بن نجيم ، مصورة عن الطبعة الأولى، دار المعرفة ، بيروت .

٢٣ - **بدائع المنن في ترتيب مسند الشافعي والسنن** : للشيخ أحمد عبد الرحمن البنا ،بيروت تصوير عن الطبعة الأولى بالقاهرة.

٢٤ - **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** : للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد.

٢٥ - **البداية والنهاية** : لابن كثير ، مصورة عن طبعة دار السعادة ، مصر .

٢٦ - **البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع** : للشوكاني ، مصورة عن طبعة دار السعادة. مصر .

٢٧ - **بذل المجهود في حل سنن أبي داود**: للشيخ السهارنفوري ، دار الكتب العلمية بيروت .

٢٨ - **البغية في ترتيب أحاديث الحلية** : لعبد العزيز بن محمد بن الصديق الغماري ، دار

القرآن الكريم في بيروت .

٢٩ - **بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة** : للسيوطي ، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم ، القاهرة ، عيسى البابي الحلبي ١٣٨٤هـ .

٣٠ - **التاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول** : لصديق حسن خان القنوجي ، المطبعة الهندية العربية ، ١٣٨٣ هـ .

٣١ - **التاج والإكليل لمختصر خليل** : لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري ، الشهير بالمواق ، مطبوع على حاشية مواهب الجليل للخطاب .

٣٢ - **تاريخ بغداد** : للخطيب ، القاهرة مكتبة الخانجي ١٣٤٩هـ .

٣٣ - **تاريخ أبي زرعة الدمشقي** : تحقيق الأستاذ شكر الله بن نعمة الله قوجاني ، من مطبوعات مجمع اللغة العربية دمشق ١٩٨٠هـ .

٣٤ - **تاريخ البخاري الصغير** : تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم ، ١٣٩٧هـ .

٣٥ - **تاريخ الطبري** : تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم ، دار المعارف ، مصر .

٣٦ - **تاريخ عثمان بن سعيد الدارمي عن يحيى بن معين** : تحقيق الدكتور أحمد نور سيف ، مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى .

٣٧- **التاريخ الكبير للبخاري**: بيروت - لبنان ، دار الكتب العلمية .

٣٨- **تاريخ المدينة المنورة** : لابن شبة . تحقيق فهيم شلتوت ، جدة .

٣٩- **تاريخ ابن الدوري** : بيروت - دار المعرفة ، تصور الطبعة الأولى .

٤٠ - **التاريخ** ، ليحيى بن معين : رواية الدوري . تحقيق ، وترتيب الدكتور أحمد محمد نور سيف ، مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى ، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م .

٤١ - **تبصير المتنبه بتحرير المشتبه** : لابن حجر العسقلاني . تحقيق علي محمد البجاوي ، مصر - الدار المصرية للتأليف والترجمة .

٤٢ - **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**: للإمام فخر الدين الزيلعي . مصورة عن الطبعة الأميرية ببولاق ، مصر ١٣١٣هـ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

٤٣ - **التبيين لأسماء المدلسين لسبط ابن العجمي** . مطبوع ضمن مجموعة الرسائل الكمالية ، الطائف ، السعودية .

٤٤- تجريد التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر : دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان .

٤٥- تحفة الأحوذي لشرح جامع الترمذي المباركفوري . تصحيح ومراجعة عبد الوهاب عبداللطيف ، دار الفكر ، بيروت ، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩ م.

٤٦- تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف للمزي. تحقيق عبد الصمد شرف الدين ، الهند . بومباي ١٣٨٤هـ- ١٩٦٥م ، وما بعدها .

٤٧- تذكرة الحفاظ للذهبي : تصحيح عبد الرحمن اليماني ، حيدر آباد الدكن - الهند .

٤٨- تذكرة الطالب المعلم بمن يقال إنه مخضرم لسبط ابن العجمي : طبع ضمن مجموعة الرسائل الكمالية - الطائف .

٤٩- تعجيل المنفعة بزوائد رجال الأئمة الأربعة لابن حجر : تصحيح عبد الله هاشم اليماني ، دار المحاسن للطباعة والنشر ، ١٣٨٦هـ .

٥٠- تقريب التهذيب لابن حجر : تحقيق الأستاذ عبد الوهاب عبد اللطيف ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان ، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.

٥١- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر : تصحيح وتعليق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني ، ١٣٨٤هـ- ١٩٦٤م ، مصر - القاهرة.

٥٢- تلخيص المستدرك للذهبي . انظر المستدرك.

٥٣- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر: ١٩٦٧م -١٣٨٧هـ ، وما بعدها ، المغرب ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية .

٥٤- تنزيه الشريعة المرفوعة عن الأخبار الشنيعة الموضوعة لابن عراق : تحقيق الشيخ عبد الله بن الصديق والأستاذ عبد الوهاب عبد اللطيف ، مطبعة عاطف بمصر .

٥٥- تهذيب الآثار وتفصيل معاني الثابت عن رسول الله ﷺ من الأخبار ،للطبري: تحقيق ناصر الرشيد وعبد القيوم عبد رب النبي ، مكة المكرمة ١٤٠٢هـ.

٥٦- تهذيب الأسماء واللغات للنووي: دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٥٧- تهذيب التهذيب لابن حجر : دار صادر ، لبنان ، مصور عن الطبعة الأولى في الهند .

٥٨- تهذيب سنن أبي داود لابن القيم : انظر مختصر سنن أبي داود للمنذري .

٥٩-الثقات لابن حبان: حيدر آباد ، الدكن ، الهند ١٣٩٨هـ- ١٩٧٨م .

٦٠- جامع الأصول في أحاديث الرسول لابن الأثير الجزري : تحقيق أيمن صالح شعبان الناشر دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٩٩٨ م .

٦١- جامع التحصيل في أحكام المراسيل للعلائي : تحقيق حمدي السلفي ، بغداد ، العراق ١٣٩٨- ١٩٨٧ .

٦٢- جامع المسانيد للخوارزمي : المكتبة الإسلامية في باكستان .

٦٣- الجرح والتعديل لابن أبي حاتم: مصور عن الطبعة الأولى في الهند ، بيروت - لبنان .

٦٤- جلاء العينين في محاكمة الأحمدين للألوسي : دار الكتب العلمية - بيروت .

٦٥- الجوهر النقي لابن التركماني : انظر السنن الكبرى للبيهقي .

٦٦- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للإمام شمس الدين محمد عرفة الدسوقي: طبع دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي في مصر .

٦٧- حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، للإمام أحمد أمين الشهير بابن عابدين : مكتبة مصطفى البابي الحلبي بمصر ، ١٣٨٦هـ ، ١٩٦٦م .

٦٨- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع للشيخ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي: المطابع الأهلية - الرياض ، ١٣٩٧هـ.

٦٩- حاشية السندي على سنن ابن ماجه : دار الفكر ، بيروت - لبنان .

٧٠- حاشية الشيخ علي العدوي على شرح الخرشي على مختصر خليل.

٧١- حاشية القلبوبي وعميرة على شرح المحلي على منهاج الطالبين: طبع في مطبعة عيسى البابي الحلبي بمصر .

٧٢- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء لأبي نعيم الأصبهاني: القاهرة - مطبعة السعادة .

٧٣- الخرشي على مختصر سيدي خليل : دار صادر ، بيروت - لبنان .

٧٤- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لابن حجر : دار الجليل - بيروت ، مصور عن الطبعة الأولى بالهند .

٧٥- الدليل الشافي على المنهل الصافي لابن تعرى بردي: تحقيق الأستاذ فهيم شلتوت. نشر مركز البحث اللعلمي بجامعة أم القرى .

٧٦- **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون المالكي**: بيروت - لبنان ، طبعة مصورة من الطبعة الأولى .

٧٧- **ديوان الضفعاء للذهبي** : تحقيق الشيخ حماد الأنصاري ، مطبعة النهضة الحديثة - مكة المكرمة - سنة ١٣٨٧هـ .

٧٨- **الذهبي ومنهجه في كتابه تاريخ الإسلام** : للدكتور بشار عواد معروف . مطبعة عيسى الحلبي ١٩٧٦م بالقاهرة .

٧٩- **ذيل تذكرة الحفاظ للذهبي ، تأليف جلال الدين السيوطي** : مطبوع بآخر تذكرة الحفاظ .

٨٠- **ذيل تذكرة الحافظ للذهبي** ، تأليف ابن المحاسين الحسيني ، مطبوع بآخره تذكرة الحفاظ .

٨١- **الذيل على طبقات الحنابلة لابن رجب الحنبلي**: القاهرة ، مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٧٢ .

٨٢- **ذيل اعبر للذهبي**: تحقيق محمد رشاد عبد المطلب ، الكويت ١٩٧٠هـ .

٨٣- **ذيل العبر للحسيني** :تحقيق محمد رشاد عبد المطلب / طبع الكويت ١٩٧٠ .

٨٤- **ذيل وفيات الأعيان ، المسمى درة الحجال في أسماء الرجال لابن القاضي** : تحقيق الدكتور محمد الأحمدي أبو النور ، دار النصر للطباعة - القاهرة، ١٩٧٠م.

٨٥- **رحمة الأمة في اختلاف الأئمة** : للإمام أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي الشافعي. عني بطبعة الشيخ عبد الله الأنصاري ، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

٨٦- **الرد على بشر المريسي لعثمان بن سعيد الدارمي** : بيروت - تصوير عن الطبعة الأولى بالقاهرة .

٨٧- **الرد الوافر لابن ناصر الدين الدمشقي** : تحقيق زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي - بيوت ١٤٠٠هـ .

٨٨- **رسالة لطيفة في أحاديث متفرقة ضعيفة لابن عبد الهادي**: تحقيق محمد عبد العباسي ، دار الثقافة للجميع ، دمشق ١٤٠٠هـ .

٨٩- **الرسالة المستطرفة لبيان مشهور كتب السنة المشرفة للكتاني** : مكتبة دار الباز بمكة المكرمة، تصوير عن الطبعة الأولى .

٩٠- **الرفع والتكميل في الجرح والتعديل للكنوي** : تحقيق الشيخ عبد الفتاح أبو غدة ، بيروت

١٣٨٩هـ .

٩١- الروضة الطالبين للإمام أبي زكريا النووي: المكتب الإسلامي - بيروت - لبنان .

٩٣- أبو زرعة الرازي وجهوده في السنة النبوية: انظر الضعفاء لأبي زرعة .

٩٤- سؤالات الحاكم للدارقطني : تحقيق الدكتور موفق عبد الله ، دار المعارف بالرياض .

٩٥- سؤلات حمزة السهمي للدارقطني: تحقيق الدكتور موفق عبد الله ، دار المعارف بالرياض .

٩٦- سؤالات أبي عبيد الآجرى لأبي داود السجستاني: تحقيق الدكتور محمد العمري ، توزيع الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة .

٩٧- سؤالات محمد بن عثمان بن أبي شيبة: لعلي بن المديني . تحقيق الدكتور موفق عبد الله ، دار المعارف بالرياض .

٩٨- السلوك لمعرفة دول الملوك: لتقي الدين المقريزي . صححه محمد مصطفى زيادة ، القاهرة ، ١٩٥٨م .

٩٩- سنن الترمذي: بتحقيق وشرح العلامة أحمد شاكر ، ثم أتمه محمد فؤاء عبد الباقي ، وإبراهيم عطوة ، مصطفى البابي الحلبي بمصر ، ١٣٩٨هـ- ١٩٧٨م .

١٠٠- سنن الدارقطني : تصحيح السيد عبد هاشم اليماني المدني ، مصر ١٣٨٦هـ- ١٩٦٦م .

١٠١- سنن الدارمي: نشر الأستاذ محمد أحمد دهمان ، دار إحياء السنة النبوية .

١٠٢- السنن الكبرى للبيهقي: توزيع دار الباز بمكة المكرمة مصورة عن الطبعة الأولى بالهند .

١٠٣- سنن ابن ماجه: تصحيح وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي . دار إحياء التراث العربي بيروت ، لبنان ، ١٣١٥هـ- ١٩٧٥م .

١٠٤- سنن النسائي: بشرح السيوطي وحاشية السندي ، تصحيح حسن محمد المسعودي دار الفكر ، بيروت ، لبنان ١٣٩٨هـ ، ١٣٧٨م .

١٠٥- سير أعلام النبلاء للذهبي: تحقيق جماعة من المحققين ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، ١٤٠٠- ١٤٠٤هـ .

١٠٦- السيرة النبوية لابن هشام: تحقيق السقا ، والأبياري ، وشلبي ، القاهرة مصطفى البابي الحلبي ، سنة ١٣٥٥هـ .

١٠٧- **الشجرة في أحوال الرجال:** لأبي إسحاق إبراهيم بن يعقوب الجوزجاني . تحقيق السيد صبحي السامرائي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م .

١٠٨- **شذرات الذهب في أخبار من ذهب** لابن العماد الحنبلي. القاهرة - مكتبة القدسي ، سنة ١٣٧٠- ١٣٧١هـ.

١٠٩- **شرح أصول اعتقاد أهل السنة والجماعة:** تحقيق الدكتور أحمد سعد حمدان ،نشر دار طيبة بالرياض .

١١٠- **شرح السنة للبغوي** : تحقيق شعيب الأرناؤوط وزهير الشاويش . المكتب الإسلامي ، بيروت - لبنان ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م.

١١١- **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك:** للإمام أبي البركات أحمد ابن محمد الدردير ،دار المعارف بمصر ، ١٣٩٢هـ .

١١٢- **شرح علل الترمذي** لابن رجب الحنبلي : تحقيق الدكتور نور الدين عتر ، سورية ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

١١٣- **شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ** : للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام . مصور عن الطبعة الأولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان .

١١٣- **الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير:** طبع مع حاشية الدسوقي عليه .

١١٤- **الشرح الكبير على متن الإقناع** : للإمام شمس الدين أبي الفرج بن قدامة المقدسي ، نشر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، كلية الشريعة الرياض .

١١٥- **شرح الكوكب المنير لابن النجار** : تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد ، مركز البحث العلمي جامعة أم القرى .

١١٦- **شرح معاني الآثار لأبي جعفر الطحاوي** : تحقيق وتعليق محمد زهير النجار ،دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

١١٧- **شرح منتهى الإرادات** :للإمام منصور بن يونس البهوتي . دار الفكر ، بيروت - لبنان.

١١٨- **شرح النووي على صحيح مسلم:** الناشر : دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ١٣٩٣هـ- ١٩٧٢م.

١١٩- **الشهادة الزكية في ثناء الأئمة على ابن تيمية** : لمرعي بن يوسف الكرمي. تحقيق الأخ الدكتور نجم عبد الرحمن خلف ، دار الفرقان ، ومؤسسة الرسالة ١٤٠٥هـ.

١٢٠- **الصارم المنكي في الرد على السبكي** : لابن عبد الهادي . تحقيق الشيخ إسماعيل الأنصاري ، طبع ونشر رئاسة الإفتاء بالرياض ١٤٠٣هـ .

١٢١- **صحيح الإمام البخاري** : انظر فتح الباري .

١٢٢- **صحيح ابن حبان**: انظر موارد الظمآن.

١٢٣- **صحيح ابن خزيمة**: تحقيق محمد الأعظمي ، المكتب الإسلامي ، بيروت - لبنان ، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م .

١٢٤- **صحيح مسلم**: تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي ، نشر وتوزيع رئاسة إدارات البحوث العلمية بالمملكة العربية السعودية ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.

١٢٥- **الضعفاء** :لأبي زرعة الرازي تحقيق الدكتور سعدي الهاشمي . نشر الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ١٤٠٢هـ- ١٩٨٢م.

١٢٦- **الضعفاء الصغير**: للبخاري تحقيق محمود إبراهيم زايد ، حلب - سورية ١٣٩٦هـ.

١٢٧- **الضعفاء**: للعقيلي تحقيق عبد المعطي قلعجي ، بيروت ، دار الكتب العلمية .

١٢٨- **الضعفاء والمتروكين**: للدارقطني : تحقيق الدكتور موفق عبد الله ، دار المعارف بالرياض.

١٢٩- **الضوء اللامع لأهل القرن التاسع** : لشمس الدين السخاوي .

١٣٠- **طبقات الحفاظ** : للسيوطي . دار الكتب العلمية - بيروت .

١٣١- **الطبقات**: لخليفة بن خياط . تحقيق الدكتور أكرم ضياء العمري . دار طيبة - الرياض ، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.

١٣٢- **طبقات الشافعي الكبرى**: لتاج الدين السبكي. تحقيق الطناحي والحلو ، مصر ، مطبعة عيسى الحلبي .

١٣٧- **الطبقات الكبرى** : لابن سعد . بيروت . دار صادر سنة ١٣٨٠هـ.

١٣٨- **الطبقات الكبرى** : لابن سعد. القسم المتمم لتابعي أهل المدينة ومن بعدهم . تحقيق الدكتور زياد محمد منصور، نشر وتوزيع الجامعة الإسلامية .

١٣٩- **طبقات المفسرين** : للداودي. تحقيق علي محمد عمر . مصر ١٣٩٢هـ- ١٩٧٢م.

١٤٠- **العبر في خبر من غبر** : للذهبي. تحقيق الدكتور صلاح الدين المنجد ، وفؤاء سيد ، الكويت ١٩٦٠م .

١٤١- **العقود الدرية من مناقب شيخ الإسلام أحمد بن تيمية** : لابن عبد الهادي . تحقيق محمد حامد الفقي ، بيروت ، دار الكتاب العربي ، تصوير عن الطبعة الأولى بالقاهرة .

١٤٢-**علل الحديث** : لابن أبي حاتم. المكتب السلفية بالقاهرة ، ١٣٤٣هـ.

١٤٣- **علل الحديث ومعرفة الرجال**: لابن المديني. تحقيق عبد المعطي قلعجي ، حلب - سورية ، ١٤٠٠هـ ، ١٩٨٠م.

١٤٤- **العلل الكبير**: للترمذي. ترتيب أبي طالب القاضي ، رسالة مقدمة إلى قسم الدراسات العليا بجامعة أم القرى ، بتحقيق الأخ الدكتور حمزة ذيب .

١٤٥- **العلل المتناهية في الأحاديث الواهية**: لأبي الفرج بن الجوزي . تحقيق وتعليق إرشاد الحق الأثري ، لاهور - باكستان ، ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م.

١٤٦- **عمدة القارئ شرح صحيح البخاري**: للإمام بدر الدين العيني . دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، مصورة عن الطبعة المنيرية بالقاهرة .

١٤٧- **عمل اليوم والليلة** :للنسائي تحقيق الدكتور فاروق حمادة ، نشر رئاسة الإفتاء بالرياض.

١٤٨- **عون المعبود شرح سنن أبي داود** : لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي. نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ، ١٣٨٨هـ ، ١٩٦٨م.

١٤٩- **الغاية القصوى في دراية الفتوى** : للبيضاوي. مصر .

١٥٠- **غريب الحديث** : للخطابي . تحقيق عبد الكريم العزباوي ، نشر مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى .

١٥١- **الفتاوى الكبرى**: لابن تيمية : الناشر : دار المعرفة ، بيروت - لبنان.

١٥٢- **فتح باب العناية بشرح كتاب النقاية**: للإمام علي القاري . تحقيق الشيخ عبد الفتاح أبوعدة . الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب ، ١٣٨٧هـ- ١٩٧٦م.

١٥٣- **الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل** : أحمد عبد الرحمن النبا ، دار

الشهاب بالقاهرة.

١٥٤- **فتح الباري بشرح صحيح البخاري** : لابن حجر. نشر مكتبة الرياض الحديثة توزيع رئاسة الإفتاء بالرياض .

١٥٥- **فتح العزيز شرح الوجيز للإمام**: أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي . الناشر : المكتبة السلفية بالمدينة المنورة.

١٥٦- **فتح المغيث شرح ألفية الحديث للسخاوي** . دار الكتب العلمية- بيروت - لبنان١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م.

١٥٧- **فضائل الصحابة** : للإمام أحمد تحقيق الدكتور وصي الله عباس ، مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى ، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م.

١٥٨- **فضائل القرآن** :للنسائي تحقيق الدكتور فاروق حمادة ، دار الثقافة بالمغرب ، ١٤٠٠هـ.

١٥٩- **فوائد تمام بن محمد الرازي** :رسالة مقدمة إلى جامعة أم القرى لنيل درجة الدكتوراه .

١٦٠- **القاضي أبو يعلى الفراء وكتابه الأحكام السلطانية**: تأليف الدكتور محمد بن عبد القادر أبو فارس ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م.

١٦١- **القلائد الجوهرية في تاريخ الصالحية** : لشمس الدين بن طولون الصالحي. تحقيق محمد أحمد دهمان ، دمشق ، الطبعة الثانية .

١٦٢- **فواعد التحديث لمحمد جمال الدين القاسمي** :دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ، ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م.

١٦٣- **قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية**: للإمام محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي. دار العلم للملايين ،بيروت - لبنان ، ١٩٧٩م.

١٦٤- **القو المسدد في الذب عن المسند**: لابن حجر العسقلاني . مكتبة ابن تيمية بالقاهرة ، سنة ١٤٠١هـ.

١٦٥- **الكاشف معرفة له رواية في الكتب الستة**: للذهبي. دار الكتب العلمية ، بيروت.

١٦٦- **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي** : لأبي عمر يوسف بن عبد البر النمري. الناشر : مكتبة الرياض الحديثة في الرياض ، ١٣٩٨هـ- ١٩٧٨م.

١٦٧- **الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل**: للإمام أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي ، المكتب الإسلامي ، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

١٦٨-**الكامل** : لابن عدي. دار الفكر - بيروت ١٤٠٤هـ.

١٦٩- **كشاف القناع عن متن الإقناع** : للإمام منصور بن يونس البهوتي . مطبعة الحكومة بمكة المكرمة ، ١٣٩٤هـ.

١٧٠- **كشف الأستار عن زوائد البزار للهيثمي** : تحقيق الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت - لبنان ، ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م.

١٧١- **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون** :لحاجي خليفة . بيروت ،تصوير عن الطبعة الأولى باستنبول .

١٧٢- **الكفاية في علم الرواية** : للخطيب البغدادي. دار الكتب الحديثة - مصر .

١٧٣- **كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال** : لعلاء الدين علي النقي الهندي، مؤسسة الرسالة ، بيروت - لبنان ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

١٧٤- **الكنى والأسماء** : للدولابي. دار الكتب العلمية - بيروت ، تصور عن الطبعة الأولى بالهند .

١٧٥- **الكواكب النيرات في معرفة من اختلط من الرواة الثقات** :لابن الكيال. تحيق الدكتور عبد القيوم عبد رب النبي . نشر مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى ١٩٨١م - ١٤٧٠هـ.

١٧٦- **اللآلئ المصنوعة في أحاديث الموضوعة** : للسيوطي. المكتبة التجارية بمصر .

١٧٧- **اللباب في الجمع بين السنة والكتاب** : لأبي محمد المنبجي. تحقيق الدكتور محمد فضل عبد العزيز المراد ، دار الشروق ، جدة ١٤٠٣هـ.

١٧٨- **لحظ الألحافظ بذيل طبقات الحفاظ**: لتقي الدين بن فهد المكي . دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، وهو مطبوع في آخر تذكرة الحفاظ للذهبي .

١٧٩- **لسان الميزان** : لابن حجر العسقلاني . مؤسسة الأعلمي ، بيروت -لبنان ١٩٧١م -١٣٩٠هـ مصورة عن الطبعة الأولى في الهند .

١٨٠- **لقط الفرائد** : لابن القاضي. مطبوع ضمن كتاب ألف سنة من الوفيات . تحقيق الأستاذ محمد حجي ، الرباط ١٣٩٦هـ .

١٨١- **المجروحين من المحدثين والضعفاء المتروكين**: لابن حبان السبتي . تحقيق محمود إبراهيم زايد ، حلب - سورية ١٣٩٦هـ.

١٨٢- **مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار** : لمحمد طاهر الفتني . حيدرابان الدكن ،الهند ١٣٨٧هـ- ١٩٦٧م ، وما بعدها .

١٨٣- **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**: للهيثمي . بيروت - لبنان ، دار الكتاب ١٩٦٧م.

١٨٤- **مجموع فناوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية**: جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، تصوير عن الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ .

١٨٥- **المحرر** : لابن عبد الهادي . تحقيق الدكتور يوسف عبد الرحمن المرعشلي ،ومحمد سليم سمارة ، وجمال الذهبي ، توزيع دار الباز بمكة .

١٨٦- **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** : للإمام مجد الدين أبي الدين أبي البركات بن تيمية. مطبعة السنة المحمدية ، ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م.

١٨٧- **المحلى** : للإمام أبي محمد علي بن حزم . تصحيح الأستاذ زيدان أبو المكارم حسن. الناشر: مكتبة الجمهورية العربية بمصر - ١٣٨٧هـ- ١٩٦٧م.

١٨٨- **مختصر سنن أبي داود للحافظ**: المنذري. تحقيق محمد حامد الفقي ، القاهرة .

١٨٩- **مختصر الفتاوى المصرية**:لشيخ الإسلام ابن تيمة ، للإمام بدر الدين الحنبلي البعلي صححه وعلّق عليه محمد حامد الفقي . مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة ١٣٦٨هـ.

١٩٠- **المدخل إلى الصحيح** : لأبي عبد الله الحاكم . تحقق الدكتور ربيع بن هادي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .

١٩١- **المدخل في أصول الحديث** :للحاكم . طبع ضمن الرسائل الكمالية ،الطائف .

١٩٢- **المدونة الكبرى**: للإمام مالك بن أنس . رواية الإمام سحنون بن سعد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم . دار الفكر- بيروت ، ١٣٩٨هـ -١٩٧٨م.

١٩٢- **المراسيل** :لأبي داود السجستاني. مطبعة محمد علي صبيح في مصر .

١٩٣- **مسائل الإمام أحمد بن حنبل** : رواية إسحاق بن إبراهيم بن هاني ، تحقيق زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي بيروت - لبنان ، ١٤٠٠هـ .

١٩٤- **مسائل الإمام أحمد** : لأبي داود السجستاني . بيروت - لبنان ، دار المعرفة .

١٩٥- مسائل الإمام أحمد بن حنبل : رواية ابنه عبد الله بن أحمد . تحقيق زاهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ، بيروت - لبنان ، ١٤٠١هـ ، ١٩٨١م .

١٩٦-المستدرك على الصحيحين: لأبي عبد الله الحاكم . ١٣٩٨هـ- ١٣٧٨هـ.

١٩٧- مسند الإمام أحمد بن حنبل : دار صادر ، بيروت .

١٩٨- مسند أحمد : شرح وتحقيق الأستاذ أحمد محمد شاكر . المعارف - مصر .

١٩٩- مسند البزار: انظر كشف الأستار .

٢٠٠- مسند الحميدي: تحقيق الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي ،توزيع دار الباز مكة المكرمة .

٢٠١- مسند الطيالسي: انظر منحة المعبود. دار المعرفة بيروت - لبنان ، مصور عن الطبعة الهندية .

٢٠٣- مسند أبي يعلى الموصلي : تحقيق الأستاذ حسين سليم أسد ، دمشق ، دار المأمون للتراث ، ١٤٠٤هـ.

٢٠٤- المشتبه في الرجال للذهبي: تحقيق على محمد البجاوي ، مصر ١٩٦٢هـ.

٢٠٥- مشيخة ابن الجوزي : لأبي الفرج ابن الجوزي . تحقيق محمد محفوظ ، تونس ١٩٧٧م.

٢٠٦- المصاحف: للإمام أبي بكر بن أي داود السجستاني . تصحيح ونشر الدكتور آثر جفري ، مصر ١٣٥٥هـ- ١٩٣٦م ، المطبعة الرحمانية .

٢٠٧- مصباح الزجاجة في زوائد: ابن ماجة للبوصيري . تحقيق محمد المنتقى الكشناوي ، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م.

٢٠٨- مصنف ابن أبي شيبة . الهند : الدار السلفية بومباي .

٢٠٩- المصنف :لعبد الرزاق بن همام الصنعاني . تحقيق الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي . المكتب الإسلامي ، بيروت -لبنان ١٣٩٠هـ- ١٩٧٠م.

٢١٠- المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية: لابن حجر العسقلاني . تحقيق الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي .

٢١١- معالم السنن :لأبي سليمان الخطابي. انظر مختصر سنن أبي داود للمنذري .

٢١٢- معجم البلدان :لياقوت الحموي . بيروت . دار صادر .

٢١٣- معجم الشيوخ : لابن فهد المكي . تحقيق محمد الزهري ، دار اليمامة بالرياض .

٢١٤- المعجم الصغير : للطبراني : نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ، ١٣٨٨هـ- ١٤٠٤هـ.

٢١٥- معجم الطبراني الكبير: تحقيق حمدي السلفي ، بغداد ، وزارة الأوقاف ، ١٣٩٨هـ -١٤٠٤هـ .

٢١٦- معجم المؤلفين : لعمر رضا كحالة . مكتبة المثنى ودار إحياء التراث .

٢١٧- معرفة السنن والآثار :للبيهقي. تحقيق الأستاذ سيد أحمد صفر ، طبع بالقاهرة ، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية .

٢١٨- معرفة علوم الحديث: لأبي عبد الله الحكم . تحقيق معظم حسين ، بيروت - لبنان ١٩٧٧م.

٢١٩- معرفة القراء الكبار على الطبقات والأعصار: للذهبي . تحقيق الدكتور بشار عواد ، وصالح مهدي وشعيب الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٠٤هـ.

٢٢٠- المغرب في ترتيب المعرب: للمطرزي . نشر ذار الكتاب المعرب ببيروت .

٢٢١- المغني : للإمام أبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي . من مطبوعات رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد في الرياض ، ١٤٠١هـ- ١٩٨١م.

٢٢٢- المغني في ضبط أسماء الرجال ومعرفة كنى الرواة وألقابهم وأنسابهم: لمحمد طاهر الفتني. دار الكتاب العربي ، ١٤٠٢هـ.

٢٢٣- المغني في الضعفاء : للذهبي. تحقيق الدكتور نور الدين العتر ، دار الكتب العلمية في بيروت .

٢٢٤- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج :للشيخ محمد الشربيني الخطيب . مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م.

٢٢٥- مفتاح الترتيب لأحاديث الخطيب: للسيد أحمد بن محمد بن الصديق الغماري دار القرآن الكريم في بيروت .

٢٢٦- مقدمات ابن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من أحكام : للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد

بن رشد . طبع مع المدونة .

٢٢٧- **المقصد العلي في زوائد أبي يعلى الموصلي:** للهيثمي . تحقيق الدكتور نايف الدعيس ، طبع دار تهامة .

٢٢٨- **مناقب الشافعي** : للبيهقي : تحقيق الأستاذ السيد أحمد صقر ، دار التراث ، مصر ، ١٣٩١هـ.

٢٢٩- **المنتظم في تاريخ الملوك والأمم** :لابن الجوزي . الهند.

٢٣٠- **المنتقى من أخبار المصطفى:** لأبي البركات ابن تيمية . تصحيح وتعليق محمد حامد الفقي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.

٢٣١- **المنتقى من السنن المسندة عن رسول الله ﷺ** : لابن الجارود . تعليق عبد الله بن هاشم اليماني المدني ،القاهرة ١٣٨٢هـ - ١٩٦٣م.

٢٣٢- **منحة المعبود في ترتيب مسند الطيالسي أبي داود:** لأحمد بن عبد الرحمن البنا الساعاتي. بيروت -لبنان ١٤٠٠هـ.

٢٣٣- **من كلام أبي زكريا يحيى بن معين في الرجال** : رواية ابن طهمان . تحقيق الدكتور أحمد نور سيف . مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى .

٢٣٣- **المواعظ والاعتبار بذكر الخطط والآثار** : للمقريزي . دار صادر - بيروت ، تصوير عن الطبعة الأولى بالقاهرة .

٢٣٤- **الموضوعات** : لابن الجوزي . مطبعة المجد بمصر ، سنة ١٣٨٦هـ.

٢٣٥- **الموطأ** : للإمام مالك . تصحيح وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي ، عيسى البابي الحلبي - مصر .

٢٣٦-**ميزان الاعتدال في نقد الرجال** : للذهبي . تحقيق علي محمد البجاوي ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان ، ١٣٨٢هـ-١٩٦٣م.

٢٣٧- **نصب الراية لأحاديث الهداية:** للزيلعي. دار الحدييث ، القاهرة تحقيق أيمن صالح شعبان ١٩٩٥م.

٢٣٨- **النعت الأكمل لأصحاب الإمام أحمد بن حنبل** : لابن الغزبي. تحقيق محمد مطيع الحافظ ونزار أباظمة ، دار الفكر - دمشق ، ١٤٠٢هـ.

٢٣٩- **النكت الظراف على الأطراف** : لابن حجر . انظر تحفة الأشراف .

٢٤٠- **النهاية في غريب الحديث والأثر**: لابن حجر الأثير الجزري. تحقيق الطناحي والزاوي القاهرة ، مطبعة عيسى الحلبي .

٢٤١- **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**: للشيخ شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي . الناشر : المكتبة الإسلامية ، طبع دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان .

٢٤٢- **نوادر المخطوطات العربية في مكتبات تركيا**.جمعها الدكتور رمضان ششن ، بيروت .

٢٤٣- **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار** : للإمام محمد بن علي الشوكاني ، دار الجيل ، بيروت - لبنان ، ١٩٧٢م .

٢٤٤-**الهداية شرح بداية المبتدى** :للإمام أبي بكر المرغياني. مطبوع مع شرحه فتح القدير.

٢٤٥- **هداية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين**: لإسماعيل بن محمد البغدادي . بيروت ، طبعة صورة مصورة عن مطبعة استنابول .

٢٤٦- **الوفيات** : لتقي الدين محمد بن رافع السلامي . تحقيق الأستاذ صالح مهدي عباس ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ١٤٠٢هـ

فهرس المحتويات

كتاب الجنايات

كتاب الديات

كتاب المعاقل

كتاب الوصايا

كتاب الخنثى